Die Gegenleistungspflicht des vertragstreuen Teils in den §§ 325, 326 BGB. unter besonderer Berücksichtigung der Reichsgerichtsentscheidung Bd. 50 S. 262 und Bewertung der Gründe zu der Entscheidung.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

ACAD. LUGD. SAT. BIBL.

Ernst Schaefer

aus Mayschoß

Referendar.

Approbiert am 19. Januar 1910.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Binder

Meiner Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erstes Kapitel.

§ 1. 1. Einleitung 1
§ 2. 2. Die verschiedenen Ansichten 2

Zweites Kapitel.

§ 3. 1. Über die Anlage der Bearbeitung 4
§ 4. 2. Folgen der verschiedenen Auffassung 5
3. Die verteidigte Ansicht entspricht, die gegnerischen Ansichten widersprechen:
A. Dem Wesen des gegenseitigen Vertrags.
§ 5. a) Natur der Obligation 6
§ 6. b) Das Synallagma.
α) Allgemeine Gesichtspunkte 18
β) Einzelbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs . 19
§ 7. B. Der Tatsache, daß der Schadensersatzanspruch auf dem Vertrage selbst beruht 31
§ 8. C. Dem Gesetzestext der §§ 325, 326 BGB. 85
D. Dem Begriff des Schadensersatzes.
§ 9. a) Allgemeines 41
§ 10. b) Schadensersatz und Rücktritt 47

Drittes Kapitel.

§ 11. 1. Scheinbare und wirkliche Ausnahmen 55
§ 12. 2. Ergebnis und Schlußfolgerung 55

Literaturverzeichnis.

Adler im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 17 S. 136.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Crome, System des bürgerlichen Rechts.
Crome, Französisches Obligationenrecht.
Dernburg, Bürgerliches Recht.
Entscheidungen des Reichsgerichts. Bd. 50 S. 262, Bd. 8 S. 23.
Emmerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag. In der Denkschrift zum Handelsgesetzbuch.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch.
Götte in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 4 S. 399.
Jacobi, Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Würzburger Diss. 1902.
Kaufmann in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 4 S. 152.
Kisch (I), Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung.
Kisch (II), Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen.
Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen.
Kuhlo, In welche Rechtslage kommt der Vertragsteil, welcher nach § 326 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt? Greifswalder Diss. 1906.
Landsberg, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Motive zum Handelsgesetzbuch.
Oertmann (I), Die Vorteilsausgleichung bei Schadensersatzansprüchen.
Oertmann (II), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Oswald in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 4 S. 214.
v. Mayr, Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrags?
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 u. 2.
Protokolle zum alten Handelsgesetzbuch.
Römer in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 19 1874.
Schoeller, Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen. In Gruchots Beiträgen Bd. 44 S. 603, Bd. 45 S. 511, Bd. 46 S. 1.
Schollmeyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Titze, Unmöglichkeit der Leistung.
Windscheid, Pandekten. Bd. 2.

Erstes Kapitel.

§ 1.

1. Einleitung.

Wenn bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Kontrahent seine Leistung schuldhaft unmöglich macht, hat gemäß § 325 BGB. der andere Kontrahent das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen; daneben ist er befugt, vom Vertrage zurückzutreten oder die Rechte des § 323 BGB. geltend zu machen. Dieselben Befugnisse gibt dem nichtsäumigen Teil § 326 BGB., wenn der Gegner im Verzug ist und die verspätete Leistung für ihn kein Interesse mehr hat oder aber eine zur Leistung gesetzte Frist erfolglos abgelaufen ist.[1])

Entscheidet der vertragstreue Teil sich für Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so scheint sich ein Mangel in den angeführten Paragraphen darin zu zeigen, daß dieselben über den Verbleib seiner Gegenleistung sich nicht äußern. Es ist deshalb der Wissenschaft und der Judikatur überlassen, diese sich hieraus ergebende sehr wichtige Streitfrage zu lösen.

Daß in Wirklichkeit eine Lücke im Gesetz vorhanden sei, wollen und können wir hier noch nicht behaupten. Darüber können wir erst im Laufe der Betrachtung entscheiden. Wenn wir aber hier vorübergehend einmal unterstellen wollen, daß ein Mangel in der Redaktion vorliege, dann wäre dieser doch keinesfalls darin zu suchen, daß die juristische Natur des Schadensersatzanspruches nicht genügend klargelegt ist;[2]) denn dieser Begriff dürfte wohl nach

[1]) Wegen der Ähnlichkeit der beiden Paragraphen werden wir uns in unserer Ausführung meist an § 325 halten können. Eine getrennte Behandlung der beiden Paragraphen wird sich nur in den seltensten Fällen als notwendig erweisen.

[2]) Ein Satz, der sich allerdings fast in der ganzen bisherigen Literatur mehr oder weniger deutlich wiederfindet.

den allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht zweifelhaft sein (darüber S. 41 unserer Abh.), sondern darin, daß die Gegenleistung in den maßgebenden Paragraphen gar nicht erwähnt ist, und ferner vielleicht auch darin, daß das Abhängigkeitsverhältnis der Einzelleistungen bei gegenseitigen Verträgen nicht durch ein allgemein aufgestelltes Prinzip festgelegt ist, so daß man gezwungen ist, bei der Untersuchung des diesbezüglichen Standpunktes des Bürgerlichen Gesetzbuches sich in die weitgehende Kasuistik dieser Materie zu verlieren.

Wegen des ausgedehnten Anwendungsgebietes der §§ 325, 326 BGB. ist die rechte Lösung der erwähnten Streitfrage von größter Tragweite. Die wichtigsten Umsatzgeschäfte im geschäftlichen Verkehr sind gegenseitige Verträge, und Unmöglichkeit und Verzug sind alltägliche Erscheinungen. Da ferner diese einschneidenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches auch für das weite Gebiet des Handelsrechts in Anwendung kommen, so ist es erklärlich, daß diese Frage schon mehrfach der Gegenstand eingehender wissenschaftlicher Bearbeitung gewesen ist. Ein nochmaliges, zusammenfassendes Durchgehen der einzelnen Streitpunkte rechtfertigt sich deshalb, weil das Reichsgericht[3]) zu der Frage Stellung genommen hat.

§ 2.

2. Die verschiedenen Ansichten.

Über die oben aufgeworfene Streitfrage haben sich zwei Hauptansichten gebildet. Nach der ersten und bei weitem am meisten verbreiteten, deren Standpunkt auch wir vertreten, muß die Gegenleistung so, wie dies abgemacht war, bewirkt werden. Das Vertragsverhältnis wird in seinem Bestande nicht berührt, es tritt vielmehr dadurch, daß an Stelle des ursprünglichen Leistungsgegenstandes der Schadensersatz tritt, lediglich eine Veränderung seines Inhaltes ein (Austauschtheorie).

---

[3]) RGE. Bd. 50 S. 262.

Nach der zweiten Ansicht wird der Gläubiger[1]) von seinem Entgelt frei. Das gegenseitige Vertragsverhältnis löst sich auf zu einem einseitigen Schadensersatzanspruch, bei dessen Bemessung der Wert des zurückbehaltenen Leistungsgegenstandes natürlich abzurechnen ist. Der Schadensersatz ist demnach hier nichts anderes als die Wertdifferenz zwischen den beiden ursprünglich geschuldeten Leistungsgegenständen (Differenztheorie).

Auf dem Boden der zweiten Ansicht steht auch die Reichsgerichtsentscheidung[2]) in der Hauptsache, nur weicht sie insofern von ihr ab, als nach der Reichsgerichtsentscheidung die schon vollzogene Gegenleistung nicht zurückverlangt werden kann. Diese drei verschiedenen Ansichten wollen wir der Kürze halber im folgenden mit I, II 1 und II 2 bezeichnen.

---

[1]) Mit „Gläubiger" bezeichnen wir der Kürze halber im folgenden den vertragstreuen Teil, mit „Schuldner" den Gegenkontrahenten.

[2]) s. § 1 Anm. 3 unserer Abh.

Zweites Kapitel.

§ 3.

1. Über die Anlage der Bearbeitung.

Daß wir uns die fruchtbare Arbeit, die in der juristischen Literatur hauptsächlich in den Jahren 1899—1902 geleistet worden ist, nutzbar machen müssen, ist klar.

Wenn wir uns nun die Grundzüge in der Anlage und Durchführung der Arbeiten der einzelnen Autoren betrachten, so will es uns scheinen, daß man durchweg zwei Grundfehler nicht gut übersehen kann. Das ist zunächst der, daß man sich in den meisten Abhandlungen zuerst mit dem Begriff „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" befaßt und diesen auf Grund der §§ 325, 326 BGB. zu entwickeln sucht, die doch zum mindesten zweifelhaft sind, weil in ihnen die Gegenleistung nicht normiert ist. Diese Zweifel müssen also zuerst gehoben sein, d. h. es muß geprüft werden, wie es mit der Gegenleistungspflicht steht. Hiermit hängt es auch zusammen, daß auf die eingehende Zerlegung des innersten Wesens der gegenseitigen Verträge von vornherein nicht genügend Gewicht gelegt ist. Der zweite Fehler — besonders bemerkbar in der Reichsgerichtsentscheidung und der Bearbeitung von Kuhlo — dünkt uns der, daß bei der Interpretation der betreffenden Paragraphen, die doch von den gegenseitigen Verträgen[1]) ganz allgemein handeln, zu einseitig vom Gesichtspunkte des Käufers und Verkäufers vorgegangen worden ist. Zu dem letzten Punkte ist

[1]) Kauf, Tausch, Miete, Pacht; die verschiedenen Lohnverträge; Vergleich; Gesellschaft (Zusammenfassung wechselseitiger Leistungen); die Verträge über die Gewährung des Gebrauchs von Sachen gegen Dienstleistungen, von Handlungen gegen Handlungen oder Unterlassungen.

zu bemerken, daß Gegenstand der eigentlichen Auslegung doch einzig und allein der Gesetzestext, so wie er vor uns geschrieben steht, ist und nicht der Wille und die Motive der Gesetzgeber. Der objektive Sinn des Gesetzes soll erforscht werden. Wird durch das Gesetz das gewünschte Resultat nicht erzielt, indem es der Billigkeit und den Interessen der Parteien nicht entspricht, so ist die Folge hiervon, daß das Gesetz ergänzt oder abgeändert werden muß, nicht aber ihm eine willkürliche Interpretation aufgezwängt wird. Mag deshalb auch der Kaufvertrag das weitaus am meisten in Betracht kommende Rechtsgeschäft sein, mögen auch die gesetzgebenden Faktoren vor allem die Regelung speziell dieser Verhältnisse bei der Abfassung im Auge gehabt haben, in den §§ 325, 326 BGB. steht nichts von Käufer und Verkäufer, und wir haben uns deshalb bei der Auslegung an die gegenseitigen Verträge in ihrer Gesamtheit zu halten.[2])

§ 4.

2. Folgen der verschiedenen Auffassung.

Bevor wir an die kritische Untersuchung unserer Kontroverse gehen, wollen wir kurz die Verschiedenheit der Folgen bei praktischer Anwendung der beiden Auffassungen — die Ansicht II 1 und II 2 können wir vorläufig zusammenfassen — in ihren Hauptfällen durchsehen. Beim Tausch erhält nach I der Schuldner die Gegenleistung in natura, während sie nach II der Gegner behält, über sie beliebig verfügen kann und nur ihren Geldwert auf den Schaden anrechnet.

Besteht die Gegenleistung in Geld, wie bei Kauf, Miete und Dienstvertrag, so ist das Schlußergebnis für beide Ansichten dasselbe, aber der Weg, auf dem es erlangt wird, ist verschieden; denn nach I ist eine besondere Aufrechnung erforderlich, nicht aber nach II.

Da nach I Schadensersatz und Gegenleistung in synallagmatischem Verhältnis zueinander stehen, so kann, wenn nunmehr der Gläubiger in verschuldete Unmöglichkeit oder in Verzug

[2]) In dieser Beziehung steht die Art der Abhandlung des Werkes von Kuhlo mit den eigenen Worten des Verfassers in Widerspruch (S. 29).

gerät, der Schuldner die Rechte aus den §§ 325, 326 geltend machen, während dies nach II ausgeschlossen ist.

Wählt der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so kann er nach I später noch Rücktritt und die Rechte aus § 323 BGB. wählen, während er dies nicht kann nach II, weil nach letzter Auffassung mit der Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung das gegenseitige Vertragsverhältnis erlischt.

Bürgen und Pfänder haften nach I unverändert weiter, während sie nach II in betreff der Gegenleistung ganz frei werden, auf schuldnerischer Seite die Haftung auf die Wertdifferenz beschränkt wird.

Beim Werkvertrag ist nach II der Unternehmer regelmäßig gezwungen, einen Gegenstand zu behalten, der lediglich für den Besteller von besonderem Interesse und einem bestimmten Wert ist, nicht so nach I.

Im Falle des § 454 BGB. wird der Zweck des Gesetzes, das Zurückverlangen der Gegenleistung zu verhindern, nach II illusorisch gemacht durch die Möglichkeit, auch bei der Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung die schon vollzogene Leistung zurückzufordern.

Recht verschieden kann die Höhe des Anspruchs eines Dritten sein, zu dessen Gunsten ein Vertrag abgeschlossen wurde.

Wenn Kisch[1]) von Schwierigkeiten spricht, zu denen die bekämpfte Ansicht bei solidarischen Schuldverhältnissen führe, so vergißt er, daß nach dieser Ansicht der Vertrag sich ganz auflöst, also von Gegenleistung keine Rede sein kann.

§ 5.

3. Die verteidigte Ansicht entspricht, die gegnerischen Ansichten widersprechen:

A. Dem Wesen des gegenseitigen Vertrags.

a) Natur der Obligation.

Gehen wir jetzt zur Erörterung der Streitfrage selbst über, so werden wir uns klar darüber sein, daß etwas Positives der Ausgangspunkt sein muß; nur auf einer festen Grundlage können

[1]) Kisch II S. 73.

wir aufbauen. Wir gehen deshalb aus von der Natur der Leistungspflicht, die sich ganz unverkennbar aus dem Wesen des obligatorischen Vertrages herausschälen läßt. Haben wir darüber Klarheit, dann dringen wir leicht in das innerste Wesen des gegenseitigen Vertrages, das in den verschiedenen Einzelbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs festgelegt ist. Wissen wir aber darüber Bescheid, dann erst läßt sich leicht auf der so gewonnenen Grundlage mit dem doch an und für sich feststehenden Begriff des Schadensersatzes operieren, und wir können dann auch sehen, ob unsere Auffassung mit dem auf die §§ 325, 326 BGB. angewandten Schadensersatzbegriff in Einklang steht. Und hier liegt der Hauptfehler, der die Vertreter der Gegenansicht zu der u. E. falschen Auffassung führt. Dieselben unterstellen nämlich von vornherein,[2]) es entspreche dem Wesen des gegenseitigen Vertrages, daß das Ausbleiben der einen Leistung auch das Erlöschen der anderen zur Folge habe. Den Beweis für diese Behauptung aber bleiben sie schuldig und werden ihn auch fürderhin schuldig bleiben; denn diese Unterstellung ist eben falsch.

Die gegenseitigen Verträge sind die besonders wichtige Klasse unter den obligatorischen Verträgen, welche darauf gerichtet sind, einen Austausch von Leistungen zu bewirken; jede der vertragschließenden Parteien soll für die Leistung, welche zu fordern sie berechtigt wird, ihrerseits ein Äquivalent in einer eigenen Leistung zu geben verpflichtet sein.[3]) Weil demnach der Zweck der einen Leistung das Empfangen der anderen ist, können Einwirkungen auf die eine Leistung nicht ohne Einfluß auf die Gegenleistung bleiben; die Leistungen stehen also in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zueinander. In diesem Abhängigkeitsverhältnis der aus den beiderseitigen Schuldverhältnissen entspringenden Leistungen liegt das Wesen des gegenseitigen Vertrags. Die Natur des beiderseits bestehenden einseitigen Schuldverhältnisses kann durch das Abhängigkeitsverhältnis nicht in Mitleidenschaft gezogen werden. Um die Natur des gegenseitigen Vertrags

---

[2]) Schoeller, Beitr. Bd. 44 S. 621/22; Kuhlo S 7 unten; auch die Reichsgerichtsentscheidung (s. dazu S. 38 unserer Abh.).

[3]) So Windscheid Bd. 2 § 32b.

klar zu durchschauen, müssen wir daher auf das einseitige Schuldverhältnis kurz zurückgreifen.

Zu allem, was man tut, wird man durch irgendeine Tatsache, den Grund zu der Handlung, bestimmt; aus einem bestimmten Grunde übernehme ich eine Verpflichtung, aus einem bestimmten Grunde mache ich eine Leistung. Bei der Entstehung und Abwicklung eines Rechtsgeschäftes ist in betreff des rechtlichen Grundes der Abschluß des Rechtsgeschäftes, d. h. die Eingehung einer Verpflichtung, und die Erfüllung des Rechtsgeschäfts, d. h. eine Leistung, zu unterscheiden.[4]) Der rechtliche Grund kann bei beiden ein ganz verschiedener sein.

Der obligatorische Vertrag kommt dadurch zustande, daß ein Kontrahent erklärt, daß er zu einer Leistung „verpflichtet sein wolle", und der andere, daß durch diese Verpflichtung ein Forderungsrecht für ihn entstanden sein solle. Der rechtliche Bestimmungsgrund ist für den Leistenden also die ihm obliegende Verpflichtung. Nicht ein bestimmter Zweck, der den Schuldner bewogen hat, die ihn verpflichtende Erklärung abzugeben, ist der rechtliche Grund zur Leistung, sondern einzig und allein die Verpflichtung selbst bezw. die durch die Leistung erfolgende Befreiung von dieser Verpflichtung. An dieser Tatsache ändert selbstverständlich nichts der Wortlaut des § 241 BGB., der im Gegensatz zum römischen Recht[5]) mehr das Forderungsrecht des Gläubigers als die Verpflichtung des Schuldners betont. Die Leistung erfolgt also stets, um sich von einer übernommenen Verbindlichkeit zu befreien, solvendi causa, in diesem Sinne. Weshalb aber ist die die Leistungspflicht begründende Verbindlichkeit eingegangen worden? Weil der sich Verpflichtende es wollte, und deshalb gibt der Wille, der Verpflichtungswille, dem Vertrag seine Verpflichtungskraft; denn ohne den Willen des Vertragschließenden kann ein Vertrag eben nicht zustande kommen. Der Satz, daß das Schuldversprechen seine Verpflichtungskraft lediglich aus dem reinen Verpflichtungs-

[4]) Diese Unterscheidung ist neu in der Literatur; der Verfasser wählt diese Konstruktion, weil er so das Wesen der causa am richtigsten zu erkennen glaubt.

[5]) Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur, alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.

willen schöpfe, hat in dieser strikten Form aber nur für die abstrakten Verträge Gültigkeit, bei denen, ganz abgesehen davon, ob ein Grund zu dieser Verpflichtung vorhanden und den Parteien bekannt ist, der Vertrag durch eine unbegründete Verpflichtungserklärung gültig zustande kommt und zur Erfüllung verpflichtet. Bei den sogen. materiellen oder individualisierten Verträgen ist dieser Verpflichtungswille nicht so von jedem konkreten Grunde abstrahiert; er basiert hier vielmehr auf dem speziellen Rechtsverhältnis. Nicht, um lediglich schlechthin verpflichtet zu sein, verspricht der Schuldner, nein, er will durch die Übernahme dieser Verpflichtung im Sinne des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts handeln; es kommt ihm darauf an, zu schenken, Bürge zu sein, zu leihen, Verwahrung zu übernehmen usw. Die causa zu dem speziellen Rechtsgeschäft ist auch die causa zu dem Verpflichtungswillen. Der Rechtsgrund setzt sich hier also zusammen aus dem Verpflichtungswillen und dem Schuldgrund, der sogen. causa debendi. Letztere kann eine dreifache sein. Der Schuldner geht die Verbindlichkeit ein, um einen anderen zu bereichern (donandi causa), oder um eine eigene Schuld zu entgelten (solvendi causa), oder um jemand zu einem Tun oder Unterlassen zu veranlassen (contrahendi, credendi causa).

Der obenerwähnte Unterschied in betreff der causa bei der Obligation, dem Schuldversprechen, und bei der Leistung ist nun der, daß die causa contrahendi im römischrechtlichen Sinne, d. h. also, um einen anderen zu binden, zur Erfüllung zu verpflichten, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nur bei der Obligation, nicht aber bei der Leistung vorkommt. Die Leistung wird regelmäßig nach Bürgerlichem Gesetzbuch solvendi causa gemacht, d. h., um sich von der eigenen Verpflichtung auf dem vertragsmäßigen Wege zu lösen. Eine erklärliche und naturgemäße Ausnahme haben wir bei den sogen. Realverträgen, bei denen die Leistung nicht wie bei den anderen Verträgen die Folge eines schon abgeschlossenen Vertrages ist, bei denen vielmehr der Vertrag erst durch die Leistung zustande kommt und der Erfolg lediglich die Rückgabepflicht des die Leistung empfangenden Teiles ist.[6])

[6]) Bei der Schenkung unter einer Auflage wird der Schenkungsvertrag

Der Rechtsgrund bei den materiellen Verträgen ist also der Verpflichtungswille, verbunden mit der causa debendi. Der vor der Willensäußerung, also in der Vergangenheit liegende Schuldgrund, die causa debendi, hat nichts gemein mit dem wirtschaftlichen Zweck, einem gewünschten Erfolg, der mit dem Rechtsgeschäft erstrebt wird und im Gegensatz zu der causa debendi in der Gegenwart oder Zukunft liegt.

Während das Motiv zum Verpflichtungswillen, die sogen. causa debendi, sich äußert als die beschränkte dreifache Absicht, zu schenken, oder sich von einer Schuld zu befreien, oder jemand zu einer Leistung zu veranlassen, besteht der wirtschaftliche Zweck in irgendeinem beliebigen nutzbaren Erfolg, einem sich später ergebenden Vorteil für den sich Verpflichtenden. Die causa debendi muß vorhanden sein, ein wirtschaftlicher Zweck braucht nicht verfolgt zu werden; die causa debendi und der fragliche Zweck können zugleich nebeneinander bestehen. Während die causa debendi, die sich zunächst als ein nicht an die Außenwelt tretender Gemütsvorgang darstellt und als solcher dem betreffenden Subjekt allein zum Bewußtsein kommt, durch den Vertragsabschluß bei den Parteien bekannt wird und bekannt werden muß, indem sie offen erklärt wird oder doch den ganzen Verhandlungen zu entnehmen ist, bleibt der von den einzelnen Kontrahenten verfolgte und nur durch die persönlichen Wünsche bestimmte wirtschaftliche Zweck vielfach dem andern Kontrahenten verborgen; jedenfalls kann dieser Zweck, den der eine verfolgt, dem andern unbekannt bleiben, ohne daß dadurch die Gültigkeit des Vertrages irgendwie in Mitleidenschaft gezogen würde. Der Schuldgrund, die causa debendi, liegt vor der Willenserklärung, also in der Vergangenheit, der Zweck stets in der Gegenwart oder Zukunft. Die Absicht, diesen Zweck zu erreichen, *kann* ebenso wie die causa debendi vor der Willenserklärung liegen, der Schuldgrund *muß* vor der Willenserklärung liegen und der gleiche bleiben, während

donandi causa geschlossen, die Schenkung wird contrahendi causa geleistet. Hier liegt der Fall aber gerade so wie bei den Realverträgen insofern, als nach § 525 BGB. die aus der Auflage resultierende Verpflichtung erst mit der Leistung zustande kommt; ferner ist bei Nichterfüllung dieser Verpflichtung die Schenkung nur insoweit zurückforderbar, als sie gemäß der Auflage benutzt werden sollte.

die Absicht, den wirtschaftlichen Zweck zu erreichen, sich auch erst nach der Willensäußerung einstellen und nachträglich ändern kann. Auch mit der causa civilis ist die causa debendi nicht zu verwechseln, mag auch in dem consensus als causa civilis der Verpflichtungswille enthalten sein.

Wie bei dem einseitig verpflichtenden Vertrage nur ein Kontrahent, so geht bei dem gegenseitigen Vertrage jede von beiden Parteien ein solches Schuldverhältnis ein, wodurch sie zur Leistung verpflichtet ist, unbeschadet der Tatsache, daß sie auf Grund der Willenserklärung der Gegenpartei zugleich Gläubigerin geworden ist. Der Rechtsgrund zur Leistung ist also auch hier eine obliegende Verpflichtung, nicht das Erhalten der vertraglichen Gegenleistung, und diese Verpflichtung fällt dadurch nicht weg, daß die Gegenseite ihre Verpflichtung nicht erfüllt.[7])

Ökonomisch betrachtet bewirkt allerdings der eine Teil seinen Entgelt, um die Leistung des andern zu erhalten. Aber mit diesem in der Gegenwart oder Zukunft liegenden wirtschaftlichen Zweck darf der Rechtsgrund, der in der Vergangenheit liegt, nicht verwechselt werden.[8]) Der juristische Grund ist der Verpflichtungswille, verbunden mit der causa debendi, und als letztere haben wir bei den gegenseitigen Verträgen eine causa contrahendi. Der eine Kontrahent verpflichtet sich contrahendi causa, d. h. der Gegenkontrahent soll zu einem Tun veranlaßt werden. Was aber soll er tun, mit welcher Handlung hat er dem Schuldgrund genügt, der den andern Teil bestimmt, sich seinerseits zu ver-

---

[7]) Anders wäre es, wenn die gegenseitigen Verträge als unter der aufschiebenden Bedingung der erfolgenden Gegenleistung geschlossen anzusehen wären. Anders dürfte es auch sein bei Verträgen mit Vorleistungspflicht; denn durch die Vorleistungspflicht muß die Forderung des Gegenkontrahenten als „betagt" aufgefaßt werden und somit auf Grund des § 163 BGB. die Bestimmungen des § 158 BGB. Platz greifen. — „Aufschiebend bedingt" ist die Gegenforderung nicht durch die Vorleistungspflicht; denn es ist nicht ungewiß gelassen, ob vorgeleistet wird oder nicht. Ungewiß für die Vorleistung ist nie das „ob", ausnahmsweise höchstens mal das „wann" (dann: dies certus an incertus quando). Die Feststellung, daß eine Bedingung nicht vorliegt, ist wichtig z. B. für § 813 Abs. 2 (vgl. auch § 321 BGB.).

[8]) Römer in Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 19 S. 124.

pflichten? Contrahendi causa bedeutet hier: Der Grund, aus welchem der eine Kontrahent sich verpflichtet, ist die Voraussetzung, daß auch der andere sich verpflichten wird. Das Tun, zu dem der andere veranlaßt werden soll, ist also das Eingehen einer Verbindlichkeit, eine Obligation.

Falsch aber wäre es, wenn man sagen wollte, „contrahendi causa" bedeutet hier: der Gegenkontrahent soll zu der vertraglichen Gegenleistung veranlaßt, verpflichtet werden; nein, nur zur Eingehung der Verpflichtung soll er verpflichtet werden. Die beiderseitigen Leistungen sind erst die Folge der auf beiden Seiten eingegangenen Verpflichtung. Die Leistungen erfolgen keineswegs contrahendi causa, sondern, wie stets nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, solvendi causa, d. h., um sich von der eingegangenen Verpflichtung vertragsmäßig zu befreien. Hat der Gegenkontrahent sich *verpflichtet* zu der vertragsmäßigen Leistung, dann ist das Verlangen des anderen Kontrahenten im Sinne der causa contrahendi erfüllt, d. h. der Rechtsgrund zu dem gegenseitigen Vertrage ist vorhanden, die Parteien sind sich über die essentialia des Vertrags einig. Um dem Erfordernis des Rechtsgrundes zu genügen, bedarf es also der beiderseitigen Verpflichtung zur Leistung, nicht der Vollziehung der Leistung. Bei den gegenseitigen Verträgen sagt der Kontrahent: „Ich verpflichte mich zu der Leistung, und du verpflichtest dich dafür zu der anderen Leistung". Keineswegs sagt er: „Ich leiste nur dann, falls du auch leistest", denn dann läge ein beiderseitig aufschiebend bedingter Vertrag vor, bei dem also keiner von beiden mit seiner Leistung den Anfang zu machen brauchte. Nein, die Parteien *verpflichten* sich gegenseitig zur Leistung und leisten später, um sich von dieser Verpflichtung zu befreien. Bei *Erfüllung* der Leistungspflicht vertraut der eine Kontrahent auf die redliche Absicht des Gegenkontrahenten, auch seine Verbindlichkeit zu erfüllen. Die gegenseitigen Verträge sind eben Verträge „auf Treu und Glauben". Und so können wir denn auch bei den wichtigsten Umsatzgeschäften des geschäftlichen Verkehrs täglich beobachten, daß Leistung und Gegenleistung vollkommen unabhängig voneinander und zu ganz verschiedener Zeit erfolgen. Regelmäßig wird geleistet in der Voraussetzung, daß die Gegenleistung später erfolgen wird im

Vertrauen auf die Redlichkeit des anderen Teils.[9]) Den vorausgegangenen Ausführungen müssen wir demnach entnehmen: Der rechtliche Grund zur Leistung bei den gegenseitigen Verträgen ist die eingegangene Verpflichtung und nicht das Erhalten der Gegenleistung.

Es ist auch nach der heutigen Gesetzgebung im Prinzip ausgeschlossen, das Geleistete schlechthin zurückzufordern,[10]) wenn die Geldleistung ausbleibt; es kann vielmehr von den Ausnahmefällen der verschuldeten Unmöglichkeit und dem Verzug nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung geschehen. Dieser Satz ist von Wichtigkeit wegen der tief einschneidenden Unterschiede zwischen dem Rückforderungsrechte schlechthin und dem beschränkten Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung. (Man denke an den Fall der Verjährung, des Untergangs, weiterhin daran, daß der Gegenkontrahent nicht mehr bereichert ist [§ 818 Abs. 3] — er ist bestohlen worden, die Sache ist ihm ohne Nutzen verloren gegangen —, ferner, falls es sich um Nutzungen handelt.) Das Resultat der vorhergehenden Deduktion: „Der Grund zu Leistung beim gegenseitigen Vertrage ist die eingegangene Verpflichtung" ergibt sich unmittelbar aus dem römischrechtlichen Prinzip[11]) der Konsensualverträge, welches anerkanntermaßen ins Bürgerliche Gesetzbuch wie in fast alle modernen Gesetzgebungen übernommen ist.

Das Grundprinzip — Grund zur Gegenleistung ist die Verpflichtung —, das sich mit unwiderlegbarer Notwendigkeit aus dem Wesen der Obligation ergibt, hat das Bürgerliche Gesetzbuch nicht undurchbrochen gelassen; denn für den Fall der zufälligen Unmöglichkeit läßt § 323 BGB. mit dem Wegfall der Leistung

---

[9]) Für den Ausnahmefall, daß betrügerische Manipulationen des Vertragsgegners vorauszusehen sind, ist Schutz gewährt durch die Einrede des § 320 BGB. (exc. non adimpl. contractus) und durch das Hinterlegungsrecht gemäß §§ 372, 373 BGB.

[10]) s. l. 51 Dig. de. cond. indeb. 12, 6 und § 818 BGB.

[11]) Solvendi causa wird geleistet, nicht credendi causa. Anders war es bei der Stipulation und den Innominatrealkontrakten; bei ihnen erfolgte die Leistung um der Gegenleistung willen (ob rem); denn vorher war das Geschäft nicht gültig; s. hierzu Windscheid Bd. 2 § 321, 2 Anm. 9 u. 10.

von der einen Seite auch die Gegenleistungspflicht fallen; aber auch in diesem Ausnahmefall kommt das Grundprinzip nach dem Gefahrübergang wieder zum Durchbruch, und vollkommen aufrechtgehalten — auch für den Ausnahmefall — ist es in den Bestimmungen über den Erbschaftskauf (§ 2380 BGB.).

Das Resultat dieser Deduktion ist demnach: Der Grund zur Leistung bei gegenseitigen Verträgen ist nur die Verpflichtung, nicht das Interesse am Erhalten der Gegenleistung. Und dieses für die spätere Erörterung sehr wichtige Ergebnis wollen wir festhalten.

Im Anschluß hieran wollen wir vorwegnehmen, daß die Verkennung gerade dieses Ergebnisses Schoeller in der Hauptargumentation der oben mit I bezeichneten Auffassung zu ganz falschen Schlüssen führt.

Schoeller[12]) geht aus von den Fällen der teilweisen Nichterfüllung des Vertrags durch den schuldigen Teil und den Fällen des § 326 Abs. 2, denen beiden gemeinsam ist, daß der berechtigte Teil Schadensersatz wegen der „ganzen" Verbindlichkeit nur dann fordern kann, wenn er nachweist, daß die „teilweise Erfüllung des Vertrags" für ihn kein Interesse hat. Zum besseren Verständnis des Folgenden müssen wir einen Einblick in die Entstehungsgeschichte der angeführten Bestimmungen tun. Nach dem 1. Entwurf waren dieselben so gefaßt, daß dem Berechtigten die bezeichneten Rechte nur zustanden, wenn die Teilleistung, mit welcher der andere in Verzug war, für ihn kein Interesse mehr hatte. Eine solche Fassung führte nach Ansicht der Kommission nicht zu dem gewünschten Resultat, wenn z. B. der Käufer eine Anzahlung gemacht hatte. In diesem Falle hatte der Verkäufer stets ein der empfangenen Geldsumme entsprechendes Interesse, und ihm war deshalb das Rücktrittsrecht versagt. Nach der Ansicht der Kommission lag den gefaßten Beschlüssen der Gedanke zugrunde, daß der Gläubiger in den Fällen der teilweisen Unmöglichkeit oder Nichtbewirkung vom Vertrage zurücktreten dürfe, wenn er an der „teilweisen Erfüllung des Vertrages", d. h. an dem Austausch der „beiderseitigen" Leistungen kein Interesse habe,

[12]) Schoeller, Beitr. Bd. 44 S. 621/22.

d. h. also, nicht nur wenn er an der Erfüllung der gegnerischen Teilleistung, sondern auch an der Bewirkung der eigenen Leistung kein Interesse mehr habe. So wurde denn diese Fassung genehmigt, welche jetzt unsere §§ 325 Abs. 1 Satz 2 und 326 Abs. 2 BGB. haben.

Schoeller argumentiert folgendermaßen[12]): „Indem das Gesetz ausgeht von der dem Wesen des gegenseitigen Vertrags entsprechenden Anschauung, daß der nichtschuldige Teil, der seine Leistung nicht zu bewirken braucht, weil ihm das Interesse daran fehlt, auch die Gegenleistung nicht beanspruchen kann, und daß der nichtschuldige Teil, der die Gegenleistung nicht beansprucht, weil ihm das Interesse hieran fehlt, auch seine Leistung nicht zu bewirken braucht", nimmt es an, daß der nichtschuldige Teil an der Erfüllung des Vertrages kein Interesse habe. Da dieser letzte Umstand aber nun die Voraussetzung für die Entstehung des Schadensersatzanspruches ist, so ist es unmöglich, daß Voraussetzung der Geltendmachung desselben Anspruchs die Bewirkung der Gegenleistung des Berechtigten ist, weil der Berechtigte hierdurch teilweise den Vertrag erfüllt, wegen dessen Nichterfüllung er Schadensersatz fordert.

Diese Argumentation, die auf den ersten Blick richtig zu sein scheint, ergibt sich als nicht stichhaltig, wenn wir uns eingehend damit befassen.[13]) Schoeller geht aus von der unbewiesenen und nach unserer Feststellung — die Verpflichtung allein ist der Grund zur Leistung — falschen Behauptung, daß der nichtschuldige Teil seine Leistung nicht zu bewirken brauche, wenn er an dieser oder an der gegnerischen Leistung kein Interesse habe. Dies besagt aber — nur in anderen Worten — genau dasselbe wie der noch zu beweisende Satz: Der nichtschuldige Teil, der nach § 325 BGB. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt — weil er an der Teilleistung seines Gegners kein Interesse mehr hat —, braucht seine Gegenleistung nicht zu bewirken. Den letzteren Satz glaubt Schoeller mit seiner Argumentation bewiesen zu haben. Wir haben also das wunderliche Resultat, daß Schoeller eine unbewiesene, falsche Tatsache als richtig unterstellt, hierauf seine

[13]) Kisch II S. 90 ff.; Jacobi S. 56.

Beweisführung aufbaut, um dann zu dem gewiß recht seltsamen Schlußergebnis zu kommen, daß die Richtigkeit der vorher unterstellten Tatsache nunmehr bewiesen sei. Dieses mustergültige Beispiel von trügerischem Zirkelschluß in der Schoellerschen Argumentation besagt, wenn auch sonderbarerweise bisher in der Literatur darauf noch nicht aufmerksam gemacht worden ist, für die ihr innewohnende Beweiskraft genug.

Ein zweites Versehen unterläuft Schoeller dadurch, daß er zwei Begriffe einander gleichstellt, die grundverschieden voneinander sind. Nämlich „der Mangel des Interesses an der teilweisen Erfüllung des Vertrages" im Sinne der §§ 325, 326 BGB. und „der Mangel des Interesses am Bestande des ganzen Vertrages überhaupt". Würde, wie Schoeller fälschlich annimmt, das Gesetz letztere präsumieren, also annehmen, daß der nichtschuldige Teil gar kein Interesse mehr am Austausch der beiderseitigen Leistungen habe, also kein Interesse sowohl an der Leistung wie auch an der Gegenleistung, dann wäre im Gegenteil ein Schadensersatzanspruch undenkbar; denn es würde hier das Vermögensinteresse gänzlich fehlen, was stets eine notwendige Voraussetzung irgendwelchen Schadensersatzes ist. Die Gesetzgeber sind vielmehr von der Erwägung ausgegangen, daß der von dem Berechtigten beim Abschluß des Vertrags ins Auge gefaßte Zweck, das wirtschaftliche Endziel der Obligation, abhängig sei sowohl von der Eigenart — z. B. Unteilbarkeit — der schuldnerischen Leistung als der von dem Berechtigten zu bewirkenden Gegenleistung. Damit nun aber auch der gewünschte Erfolg eintrete, wenn der Mangel des Interesses an der Gegenleistung in dem erwähnten Sinne maßgebend sei, mußte für die Worte des 1. Entwurfs „Mangel des Interesses an der Leistung, mit welcher der eine Teil in Verzug ist" eine Wendung gesetzt werden, welche das Erzielen eines vollen Resultats gewährleistete. Und diese Wendung fanden sie in den Worten „Mangel des Interesses an der teilweisen Erfüllung des Vertrages". Die Voraussetzung des Schadensersatzanspruches ist sonach nicht, wie Schoeller glaubt, der Mangel des Interesses an der Erfüllung des ganzen zweiseitigen Vertrages, sondern Mangel des Interesses an der teilweisen Bewirkung der Leistung oder Gegenleistung.

Schoeller übersieht, daß der Mangel des Interesses an dem Austausch der geminderten Leistungen sehr wohl vereinbar ist mit einem zu gleicher Zeit doch noch vorhandenen Interesse am Fortbestehen des Vertrages.[14]) Z. B.: Ein armer Maler schließt mit einem Vogelhändler einen Tauschvertrag, wodurch der Vogelhändler verspricht, zwei Pärchen wertvoller exotischer Vögel gegen ein Bild des Malers einzutauschen. Infolge Unaufmerksamkeit des Vogelhändlers entfliegen ihm auf dem Hinwege zu dem Maler die beiden Weibchen. Der Maler, der sich eine Hecke anlegen wollte, hat kein Interesse mehr daran, die beiden übriggebliebenen Männchen zuzüglich eines Geldersatzes gegen sein Bild umzutauschen, und er kann deshalb zweifellos von dem Vertrag zurücktreten. Trotzdem ist es dem armen Maler jedenfalls sehr erwünscht, wenn der Händler sein Bild und die Männchen mitnimmt und ihm den Wert aller vier Vögel als Schadensersatz gewährt.

Hier zeigt sich deutlich, wie neben dem mangelnden Interesse an der teilweisen Erfüllung des Vertrages das Interesse am Bestande des Vertrages nebenhergeht. Beides sind demnach grundverschiedene Begriffe. Auch aus der falschen Auffassung dieser Begriffe ergibt sich die Unhaltbarkeit der Schoellerschen Argumentation.

Weiter geht Schoeller darin fehl, daß er von den Voraussetzungen ohne inneren Zusammenhang auf die Wirkungen schließt. Treffend sagt hierzu Kisch[15]): „Der § 325 Abs. 1 Satz 2 BGB. handelt in erster Linie von den Voraussetzungen des erweiterten Rücktritts- oder Entschädigungsrechtes, nicht so sehr von den Wirkungen des letzteren. Jene Voraussetzung, nämlich das mangelnde Interesse des Gläubigers, ist nur durch einen Vergleich zwischen den beiderseitigen verminderten Leistungen zu ermitteln; daraus folgt nicht, daß auch der Bewirkung nach der Schadensersatz in der Differenz zwischen beiden Leistungen bestehe".

---

[14]) Schoeller gibt in seinen Ausführungen S. 623 übrigens so weit nach, daß er anerkennt, die „theoretische Möglichkeit" sei nicht ausgeschlossen. In betreff der Annahme Schoellers, diese Beweisführung sei den Verfassern des BGB. zu subtil und zu spitzfindig erschienen, vgl. die entgegengesetzte Ansicht des Redaktors des BGB. Planck (Planck, Komm. z. BGB. § 325 Anm. 1 a).

[15]) Kisch I S. 133 Anm. 24.

Jacobi[16]) kommt zu seiner den vorhergehenden Satz betreffenden unrichtigen Bemerkung, weil er übersieht, daß das Wort „nur" jedenfalls zu den ihm unmittelbar vorhergehenden Worten zu beziehen ist. Die Wortstellung bleibt allerdings etwas merkwürdig.

Das Gesetz will dem Berechtigten auch bei nur teilweiser Nichtbewirkung des Schuldners in besonderen Fällen dasselbe Recht gewähren, als ob die Leistung vollständig unterblieben sei. Aus dem Begriff „Mangel an Interesse wegen teilweiser Nichterfüllung" entnehmen wir lediglich die Anhaltspunkte dafür, wann solche Fälle vorliegen. Haben wir demnach einen solchen Fall, dann treten die Folgen ein, die das Gesetz für denselben vorsieht, nämlich daß nunmehr der Berechtigte den Schadensersatz genau so geltend machen kann, als wäre die ganze gegnerische Leistung unmöglich geworden, d. h. nach den Bestimmungen des § 325 Abs. 1 Satz 2. So sind die Unrichtigkeiten, die man auf gegnerischer Seite aus der Fassung des § 325 Abs. 1 Satz 2 für unsere Ansicht folgern will, widerlegt und zurückgegeben.

Nun zurück zur Betrachtung des gegenseitigen Vertrags. Wir kommen zu dem Abhängigkeitsverhältnis der beiderseitigen Leistungen, dem sogen. Synallagma.

§ 6.

b) Das Synallagma.

a) Allgemeine Gesichtspunkte.

Über das Abhängigkeitsverhältnis der Leistungen im gegenseitigen Vertrag sind drei Haupttheorien aufgestellt worden.

Die erste: Der gegenseitige Vertrag erzeugt zwei voneinander gänzlich unabhängige Obligationen.[1]) Die zweite: Die beiden von dem gegenseitigen Vertrag erzeugten Obligationen sind nur zwei verschiedene Seiten ein und derselben Verbindlichkeit.[2]) Die dritte, von Keller hauptsächlich vertretene Theorie: Die Gegenleistung affiziert die Leistung derart, daß jeder Kontrahent verpflichtet ist,

[16]) Jacobi S. 57 Anm. 13.

[1]) Auffassung des ältesten römischen Rechts.

[2]) Dieser Theorie kommt der Code Napoléon am nächsten (Art. 1184).

nicht auf Leisten schlechthin, sondern auf Leisten gegen Gegenleistung derart, daß die Erfüllung des Gläubigers bereits zum Klagegrund gehört.

β) Einzelbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Was nun das Bürgerliche Gesetzbuch angeht, so läßt sich das erste Prinzip, daß die einzelnen Leistungen in ihrem Bestande durcheinander überhaupt nicht beeinflußt werden, wohl mit keiner einzigen seiner Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag zusammenreimen. Auch die zweite Theorie muß als vom Bürgerlichen Gesetzbuch abgelehnt angesehen werden; denn sonst könnte nicht, wie z. B. im Falle des § 324 BGB., die Leistungspflicht des einen Teils fortdauern trotz des Wegfalls der gegnerischen. Daß auch die dritte Vorstellung dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht zugrunde liegt, ergibt sich aus den §§ 320, 322 BGB. Nach diesen Bestimmungen hat der Schuldner das Recht, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, d. h. er muß sein Recht im Prozeß durch Vorbringung der Einrede des nichterfüllten Vertrags geltend machen. Der Kläger braucht also in seiner Klage weder zu beweisen, daß er seine Leistung bewirkt oder angeboten habe, noch diese anzubieten. Wenn der Beklagte seine Einrede nicht vorbringt — man denke an den Fall des Versäumnisurteils —, so wird er zur Leistung verurteilt, ohne die Gegenleistung[3]) erhalten zu haben. Welchen Standpunkt, müssen wir uns jetzt fragen, nimmt denn das Bürgerliche Gesetzbuch ein? Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen haben wir gefolgert, daß der rechtliche Grund zur Leistung nicht das Erhalten der Gegenleistung, sondern die Verpflichtung ist.

Jetzt wollen wir sehen, was sich aus den positiven speziellen Gesetzesbestimmungen entnehmen läßt zur Erkenntnis des Abhängigkeitsverhältnisses von Leistung und Gegenleistung.

Nach dem § 139 BGB. ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn ein Teil desselben nichtig ist.[4]) Da die beiderseitigen Schuld-

[3]) Es ist dies um so bemerkenswerter, als die Gegenleistung gegebenenfalls verjährt, da die Verjährung gemäß § 202 BGB. durch die Einrede des „nichterfüllten Vertrags" nicht gehemmt wird.

[4]) s. auch § 142 BGB.

verhältnisse im gegenseitigen Vertrage wesentliche Bestandteile desselben sind, so muß die Nichtigkeit eines dieser Schuldverhältnisse auch die Nichtigkeit des ganzen Vertrages zur Folge haben. Dies ist die sogen. genetische Abhängigkeit. Allerdings findet hier, wie Kisch[5]) richtig bemerkt, keine direkte Einwirkung der einen Leistungspflicht auf die andere statt, es handelt sich vielmehr um ein Ungültigwerden der gemeinsamen Grundlage, des Vertrags selbst. Es ändert dies aber nichts an der Tatsache, daß durch die Nichtigkeit einer Verbindlichkeit, wenn auch indirekt, die andere notwendig affiziert wird. Nicht so streng läßt sich die Abhängigkeit in betreff der Erfüllung — funktionelle Abhängigkeit — durchführen. Anderer Meinung ist Kisch.[5])

Nachdem die beiderseitigen Schuldverhältnisse einmal gültig zur Entstehung gekommen sind, leistet jeder der beiden Vertragsteile nicht um der Gegenleistung willen, sondern weil er verpflichtet ist. Stände es schon nicht mit diesem vorher aufgestellten Prinzip in Einklang, wenn man sagen wollte, daß wenn der eine Teil nicht leistet, auch der andere nicht zu leisten braucht oder das bereits Geleistete zurückfordern könne (Code Napoléon),[6]) so ergibt sich die Tatsache einer loseren funktionellen Abhängigkeit aber auch aus einer Reihe von Einzelbestimmungen im Gesetz. Nach den Vorschriften über die Verjährung[7]) kann einer von den beiderseitigen Ansprüchen ausfallen, ohne daß der Gegenanspruch dadurch in Mitleidenschaft gezogen wird, sei es, daß ein Teil vorgeleistet hat und sein Anspruch gegen den andern Teil verjährt (was in den Fällen des § 196 BGB. keine Seltenheit sein dürfte), oder sei es, daß beide Ansprüche verjährt sind und ein Teil leistet in Unkenntnis der Verjährung (§ 222 Abs. 2 BGB.).

Schon vorher haben wir den Fall des § 324 BGB. angeführt, in welchem der eine Teil die Gegenleistung machen muß, obschon er dafür nichts erhält.

---

[5]) Kisch II S. 75.

[6]) Wie man hier zu diesem Standpunkt gekommen, dazu s. Crome, System d. bürgerl. R. § 168 Note 10 und Crome, Franz. Obligationenrecht.

[7]) s. Bem. 3 dieses Paragraphen.

Dann kommen die Fälle der Gefahrtragung, das sogen. periculum obligationis,[8]) bei denen der eine Teil infolge „zufälligen" Untergangs des Schuldobjekts die Gegenleistung ohne Entgelt bewirken muß. Wenn unsere Gesetzgebung auch den strengen Satz des römischen Rechts (periculum est emptoris) nicht mehr kennt, so sind doch genügend beweisende Nachklänge dieses Prinzips in den §§ 447, 616, 644, 350 BGB. enthalten.

Im § 274 BGB. ist dem Gläubiger gestattet, auf Grund der Verurteilung, ohne Bewirkung der Gegenleistung, seinen Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung zu verfolgen, wenn der Schuldner in Annahmeverzug ist.

Wir haben nicht aus dem Auge verloren, daß wir auf den Fall des § 325, in welchem nach unserer Ansicht an Stelle der Vertragsleistung der Schadensersatz tritt, hinaus wollen. Vorher haben wir Fälle aufgezählt, in denen trotz Wegfallens der Gegenleistung die andere Leistung bewirkt werden muß. Wenn sich daraus auch die Wahrscheinlichkeit ergibt, daß im Falle des § 325 erst recht die Gegenleistung nicht affiziert werden kann, weil an Stelle der wegfallenden Leistung ein äquivalenter Ersatz tritt, so können wir doch nichts Bestimmtes daraus ableiten. Wir sind hierzu darauf angewiesen, analoge Fälle im Gesetz zu zeigen, in denen die Gegenleistung auch dann bestehen bleibt, wenn an Stelle der ursprünglichen Leistung eine andere tritt.

Wir wollen an dieser Stelle einen Vorwurf abtun, der hiergegen von den Vertretern der Gegenansicht gemacht wird. Sie sagen, es sei zwecklos, dergleichen Gesetzesanalogien aufstellen zu wollen; denn die in solchen Fällen stattfindenden Surrogatleistungen seien begrifflich etwas ganz anderes als der Schadensersatz. Aber dieser Vorwurf läßt uns unberührt. Wir wollen hier Fälle suchen, die dem Tatbestand des § 325 BGB. insofern analog sind, als an Stelle der ursprünglichen Leistung eine andere tritt. Diese Tatsache allein ist erforderlich und genügt, um nachzuweisen, daß auch nach den Einzelvorschriften des Bürgerlichen

---

[8]) Endemann (4. Aufl.) § 124 Note 13 Abs. 3 macht offenbar, aber irrtümlich, zwischen dem periculum rei des Verkäufers und dem periculum obligationis des Käufers keinen Unterschied.

Gesetzbuchs ein Prinzip nicht existiert, wonach bei Veränderung der Leistung die Gegenleistung fortfällt. Welche Gründe für den Wechsel maßgebend gewesen sind, ob der Schadensersatz und andere Surrogatleistungen ihrem Wesen nach verschieden geartet sind, das interessiert uns hier nicht. Sollte sich aber später eine solche Untersuchung als angebracht erweisen, so werden wir sie bei der Erörterung über den Schadensersatzbegriff anstellen können.

Wir haben da zuerst alle die Fälle, in denen es von den Parteien abgemacht, vertragsmäßig bestimmt ist, daß an Stelle der anfänglichen Leistung eine andere treten kann. Man denke an Erfüllung an Zahlungsstatt, an Vertragsstrafe, die in der gleichen Werthöhe wie die Leistung bestimmt ist, und andere mehr.

Ferner sind da die Fälle zu nennen, in denen durch Pfand oder Bürgschaft Sicherheit geleistet ist. Auch hier bekommt der Gläubiger, wenn die vom Schuldner nicht erhältliche Leistung nicht in Geld bestand, eine dem Vertragszweck nicht entsprechende Leistung, und doch wird kein Mensch bezweifeln, daß er die Gegenleistung unverändert bewirken muß.

Hat ein Kontrahent sich Zahlung in einer bestimmten Münzsorte ausbedungen und ist diese Münze in der Zeit bis zum Zahlungstermin dem Umlauf entzogen worden, so ist die Zahlung nach § 245 BGB. so zu leisten, als wenn die Münzsorte nicht bestimmt worden wäre, d. h. an ihre Stelle tritt der Wert, den die außer Kurs gesetzte Münze nach dem geltenden Währungssystem hat. Obwohl sich auch hier die Art der Leistung dem Vertrage entgegen ändert, wird doch niemand behaupten, daß die Gegenleistungspflicht dadurch berührt werde; denn die Bestimmung des § 245 BGB. hat ihre Bedeutung gerade darin, daß hier ein Fall der Unmöglichkeit als nicht vorhanden angenommen wird. Liegt Unmöglichkeit sonach nicht vor, dann kommen natürlich die Bestimmungen der §§ 275, 323 BGB. auch nicht zur Anwendung.

Am nächstliegend sind die auch von Kisch angeführten und näher ausgeführten[9]) Fälle des § 323 Abs. 2 und des § 323 Abs. 1 Satz 2 in Verb. mit § 473 BGB. In beiden Fällen tritt

[9]) Kisch II S. 76 f.

an Stelle der ursprünglichen schuldnerischen Leistung eine andere, und doch bleibt die Gegenleistungspflicht bestehen.

Ferner ist zu denken an § 463 BGB. Nach ihm kann der Käufer statt Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. Fordert er Schadensersatz wegen Nichterfüllung statt der Minderung, so ist er natürlich zu der vertragsmäßigen Leistung verpflichtet, obwohl auf der Schuldnerseite die Leistung ganz anders geartet ist, als er sich im Vertrage ausbedungen.[10])

Einen weiteren Fall enthält der § 440 Abs. 2 BGB.; auch hier bleibt die Gegenleistungspflicht des Käufers unberührt, obwohl er die im Vertrag bedungene Leistung nicht erhält.

Alle diese Fälle beweisen ebenfalls,[11]) daß die funktionelle Abhängigkeit im Bürgerlichen Gesetzbuch eine recht lose ist.

Aus den über das Synallagma angestellten Erwägungen ergibt sich, daß das Bürgerliche Gesetzbuch von den extremen Auffassungen gleichweit entfernt ist; es steht in der Mitte zwischen beiden. Auf diese Weise wird es sowohl der wirtschaftlichen Verbindung beider Schuldverhältnisse auf ihrer gemeinsamen Grundlage gerecht als auch läßt es eine gewisse Selbständigkeit der beiden Schuldverhältnisse zur Geltung kommen, welch letzteres sich ja deutlich in der losen Auffassung der funktionellen Abhängigkeit zeigt.

Wenn sich nun die Reichsgerichtsentscheidung auf den Standpunkt stellt, an der Forderung aus einem gegenseitigen Vertrage dürfe nicht das Geringste verändert werden, nicht einmal eine Forderung auf Schadensersatz, also das denkbar genaueste Äquivalent, dürfe an ihre Stelle treten, ohne die Auflösung des gegenseitigen Vertragsverhältnisses zur Folge zu haben, so vertritt sie doch zweifellos eine sehr strenge und extreme Theorie über das Synallagma und kommt so mit der dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu entnehmenden Auffassung in Widerspruch.[12])

Wir können hier einen weiteren Vorwurf nicht unerwähnt lassen, der aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrags gegen unsere

---

[10]) vgl. DJZ. 1899 S. 152; ebenda S. 399.

[11]) s. S. 20 unserer Abh.

[12]) Die Behauptung S. 266 Z. 8 von unten ist unverständlich (RG. Bd. 50).

Ansicht erhoben worden ist. Man hat gesagt, zu unserer Auffassung sei man nur dadurch gekommen, daß man das Wesen des gegenseitigen Vertrags, dessen wirtschaftlicher Zweck in dem Güteraustausch und nicht in dem Wertaustausch bestehe, vollständig verkannt habe. Das Unberechtigte eines solchen Vorwurfs hat Kisch[13]) klar bewiesen und deutlich gezeigt, daß man im Gegenteil der gegnerischen Seite diesen Vorwurf nicht ersparen kann, wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß der gegenseitige Vertrag den Austausch der Güter bezwecke. Wir halten in unserer Abhandlung einen Streit hierüber für die Entscheidung unserer Frage für unwesentlich, da wir weder der Güteraustauschtheorie noch der Wertaustauschtheorie beipflichten können; wir sind vielmehr der Ansicht, daß es eine reine Tatfrage des speziellen Falles ist, ob mit der Obligation ein Austausch der Güter selbst oder lediglich ihrer Werte bezweckt wird. Daß das letztere im Handelsverkehr, insbesondere beim Handelskauf, meistenteils der Fall sein wird, wird wohl allgemein zugegeben.

Insofern hat die Reichsgerichtsentscheidung recht, wenn sie durch teilweise Nichtbeachtung des diesbezüglichen Einwandes[14]) gegen die von ihm vertretene Ansicht zu erkennen gibt, daß sich die Widerlegung dieses Einwandes in der Hauptsache erübrige. Wenn aber die Reichsgerichtsentscheidung bei dieser Gelegenheit ausführt, „die kaufmännischen Lieferungsgeschäfte würden durch die praktische Anwendung seiner Auffassung nicht geeigneter, zu Geschäften benutzt zu werden, welche die Umgehung gesetzlicher Verbote bezwecken; wenn dies aber dennoch der Fall sein sollte, dann gebe es in dem Bürgerlichen Gesetzbuch Bestimmungen, durch welche solche Versuche unschädlich gemacht würden", so dürfte hieran doch einiges nicht aufrechtzuhalten sein.

Da nach der von der Reichsgerichtsentscheidung verteidigten Ansicht die effektive Lieferung bei Zahlungsverzug des Käufers stets in einen Differenzanspruch verwandelt wird, wird dieselbe zweifellos nicht nur geeigneter, der Gegenstand eines Differenzgeschäftes zu sein, wir werden meist sogar schon den Tatbestand

---

[13]) Kisch II S. 81.

[14]) RG. Bd. 50 S. 268 Z. 8 von oben.

des Differenzgeschäftes vollständig erfüllt sehen, wenn auch in der Verkleidung eines gewöhnlichen Kaufvertrages. Verbotene Manipulationen dieser Art unschädlich zu machen, ist der das reine Differenzgeschäft betreffende § 764 BGB. aber noch lange nicht immer genügend. Dieser Paragraph verlangt die Absicht wenigstens eines Vertragsteils, ein Differenzgeschäft einzugehen; wie aber wird eine solche Absicht in den meisten der soeben gedachten Fälle nachgewiesen werden können? Hat der Lieferant von irgendeiner Seite erfahren, daß der Käufer zur Lieferungszeit bestimmt oder sehr wahrscheinlich in Zahlungsschwierigkeiten geraten sein wird, so liegt in Verfolg der Wertdifferenztheorie dem Lieferanten die Möglichkeit offen, ja es wird ihm ein leichtes sein, sich erfolgreich in unredliche Spekulationen einzulassen.

Solche Fälle sind sehr leicht denkbar. Aber auch in dem umgekehrten Falle, daß der Lieferant in Verzug kommt, ist die Möglichkeit unredlicher Spekulationen nicht ausgeschlossen, wenn man der Differenztheorie huldigt. Z. B.: Ein Getreidehändler Y, der weiß, daß er in Bälde infolge unglücklicher Spekulationen ohne Barmittel und namhaften Kredit sein wird, schließt mit einer Großfirma in Getreide X einen Kaufvertrag ab, durch den ihm die Firma X zu einer Engroslieferung russischen Weizens verpflichtet wird. Dem Getreidehändler ist klar, daß ihm die Barmittel zur Erfüllung des Kaufvertrags fehlen werden, aber nach seiner Berechnung hat er bares Geld ja auch gar nicht nötig. Von einem Geschäftsfreund, der direkt aus Rußland kommt, hat er nämlich unter Diskretion erfahren, daß die Seetüchtigkeit des Schiffes der X vom deutschen Konsulat angezweifelt worden sei,[15]) daß der Vertreter der Firma X aber schließlich doch das Schiff mit ungenügender Besatzung, entgegen den Anordnungen von seiten des Konsulats, habe abfahren lassen. Einen Tag, nachdem das Schiff in See gestochen, sei ein Orkan losgebrochen, dem die bestausgerüsteten Schiffe kaum standgehalten hätten; man nehme allgemein an, daß das Schiff der X ihm zum Opfer gefallen sei. Das nun folgende Rechenexempel des Y ist sehr einfach, er sagt sich: Die von X übernommene Leistung wird infolge der mangel-

[15]) In Verfolg von § 58 SeemO.

haften Ausrüstung des Schiffes unmöglich; ich brauche deshalb meine Gegenleistung, die Zahlung nicht zu machen; ferner sieht er als gerissener Spekulant voraus, daß bis zu dem maßgebenden Zeitpunkt ein starkes Steigen der Getreidepreise in Aussicht steht — der effektive Erfolg des ganzen Geschäftsabschlusses wird also wahrscheinlich sein —, daß ihm eine recht ansehnliche Barsumme als Wertdifferenz gezahlt wird. Wer aber will dem also rechnenden seine Kalkulation nachweisen?

Wenn die von der Reichsgerichtsentscheidung verteidigte Ansicht durchschlägt und in der Praxis weiter Verwendung findet, dann wird bald im Volk allgemein das Bewußtsein der eventuellen Möglichkeit, zu einem Differenzanspruch zu kommen, lebendig sein, und daß solches nicht ohne Einfluß beim Abschluß der Geschäfte sein wird, ist klar, aber aus diesem allgemeinen Bewußtsein auf eine Absicht der Parteien im einzelnen Falle zu schließen (wegen der Erfordernisse des § 764 BGB.), wäre verfehlt.

In den Gründen zur Reichsgerichtsentscheidung finden wir im Anschluß an die soeben behandelte Erörterung den Satz: „Der Gesetzgeber hatte daher keinen Anlaß, aus diesem Grunde sich nicht für die hier gebilligte Auffassung zu entschließen". Aber, müssen wir entgegnen, wenn der Gesetzgeber diesen Grund erwogen hätte, wenn er überhaupt dieses Gebiet, auf dem die Meinungen so weit auseinander gehen, berührt hätte in seinen Beratungen, dann müßten doch die Protokolle etwas hierüber aufweisen. Aber nichts steht darüber in den Protokollen, und es bleibt uns nichts übrig, als zu entnehmen, daß es den betreffenden Kommissionen leider ganz entgangen ist, daß sich über den Verbleib der Gegenleistung ein Streit entspinnen könnte. Betrachten wir jetzt das Resultat, das sich aus den bis hierhin angestellten Erwägungen ergeben hat, so ist es folgendes: Der Satz — die Gegenleistung in den §§ 325, 326 BGB. bleibt bestehen — stimmt überein 1. mit dem Grundsatz „nicht die Erlangung der Gegenleistung, sondern die Verpflichtung ist der Grund zur Leistung und 2. mit dem Wesen des gegenseitigen Vertrags, insbesondere den Einzelbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Man könnte nun vielleicht vorbringen, daraus daß in den Einzelfällen des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Gegenleistung be-

stehen bleibe, lasse sich doch keineswegs der Schluß ziehen, daß dies deshalb nun als ein vom Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellter Grundsatz zu gelten habe; die Folgen bei den einzelnen Fällen seien zudem viel zu verschieden, als daß ein solches allgemeines Prinzip den gewünschten Erfolg haben könne; wenn man aus der genannten Tatsache einen Grundsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs ableiten wolle, dann ziehe man fast die gleich unsinnige Schlußfolgerung, als wenn man daraus schlösse, daß die Folge des Wechsels in den schuldnerischen Leistungen stets der notwendige Fortbestand der Gegenleistungspflicht sei. Die Richtigkeit oder Unrichtigkeit solcher Behauptungen können wir dahingestellt sein lassen, da es uns fern liegt, den erwähnten Grundsatz für das Bürgerliche Gesetzbuch aufzustellen; denn es ist dies für unsern Zweck gar nicht erforderlich.

Kisch behauptet allerdings — und diese Behauptung kann sicherlich nicht von der Hand gewiesen werden —, so auf induktivem Wege ein durch eine Reihe von Einzelentscheidungen bestätigtes Prinzip gewonnen zu haben.

Uns genügt ein negatives Resultat. Wir folgern nämlich aus unserem oben festgelegten Ergebnis, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch das Prinzip *nicht* existiert, daß beim Wechsel in den schuldnerischen Leistungen die Gegenleistung des Gläubigers wegfallen muß. Der Fortbestand muß deshalb so lange vermutet werden, bis ein Erlöschungsgrund nachgewiesen wird. Es wird also das schon allgemein gültige Prinzip, daß der Fortbestand eines einmal gültig entstandenen Rechts so lange vermutet wird, bis das Gegenteil bewiesen ist, für unseren Fall durch das Ergebnis noch verstärkt, und zwar derart, daß sich uns hier, so möchten wir sagen, an Stelle der Vermutung des Fortbestehens der Gegenleistungspflicht[17]) die stille Überzeugung von der Richtigkeit dieser Vermutung aufdrängt. Ein beweiskräftiger Erlöschungsgrund aber wird von den Vertretern der gegnerischen Ansicht

[17]) Aus dem Worte Gegenleistungs*pflicht* läßt sich natürlich nichts gegen diese Folgerung ableiten; denn die *Pflicht* zur Gegenleistung enthält auch das *Recht*, die Gegenleistung zu bewirken (auf seiten des Gläubigers) und dieselbe zu verlangen (auf seiten des Schuldners).

nicht vorgebracht. Wo sollte er auch hergenommen werden? Denn aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages läßt sich, wie bewiesen, kein Stützpunkt für die Behauptung der Gegenseite, daß die Leistungspflicht erlösche, wenn der Leistungspflichtige entweder kein Interesse an der eigenen Leistung oder an der Gegenleistung habe (s. S. 14 unserer Abh.), finden. Von einer Beendigung der Gegenleistungspflicht könnte nur dann die Rede sein, falls eine positive Gesetzesbestimmung die soeben aufgestellte Behauptung der Gegner n deren Sinne regelte. Aber auch eine solche Bestimmung gibt es nicht.

Wenn übrigens jemand den Einwand machen wollte, es sei zwecklos, die Gegenleistung zu bewirken, da dieselbe doch wegen Wegfallens der causa auf Grund des § 812 BGB. zurück verlangt werden könne, so müssen wir entgegnen: aber die causa ist ja gar nicht weggefallen. Der Rechtsgrund bei dem gegenseitigen Vertrag ist, wie schon verschiedentlich betont wurde, die beiderseitige Verpflichtung zu den von den Parteien gewollten Leistungen, die hierdurch zustande gekommene Einigung über die Essentialien. Bei dem erwähnten Einwand würde man sich eine Verwechslung von ökonomischem Zweck und juristischer causa zuschulden kommen lassen. Wir haben diesen Unterschied (S. 10 ff.) des genaueren erörtert und verweisen hierzu auf die diesbezüglichen Ausführungen. Was nun speziell die Fassung des § 812 BGB. angeht, so bedeuten die Worte „wenn der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes bezweckte Erfolg nicht eintritt" keineswegs etwa „wenn der mit dem Abschluß des Rechtsgeschäftes erstrebte wirtschaftliche Erfolg, bei den gegenseitigen Verträgen also die Gegenleistung, nicht eintritt"; sie besagen vielmehr nichts anderes, als „wenn dadurch, daß der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt, der Rechtsgrund fehlt,[18]) oder die Zweckbestimmung des Rechtsgrundes nicht erfüllt wird". Das läßt sich schließen aus den vorhergehenden Worten desselben Paragraphen. § 812 BGB. will, im Gegensatz zum römischen Recht, das nur Einzelfälle aufstellte, einen allgemeinen Tatbestand für die ungerechtfertigte Bereicherung aus Verträgen voranstellen; er will sagen, daß das

[18]) vgl. Planck § 812 Anm. 1 c; Fischer-Henle § 812 Note 11 S. 2.

gemäß einem Vertrage Geleistete nach den folgenden Bestimmungen zurückgefordert werden kann, wenn dem Vertrag der rechtliche Grund fehlt. Anders sollen auch die Worte „wenn der mit der Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes bezweckte Erfolg nicht eintritt" nichts besagen. Der Unterschied im Ausdruck erklärt sich folgendermaßen. Die Kondiktionen haben ihre Hauptbedeutung darin, daß sie einem aus der Eigentümlichkeit der abstrakten Verträge erwachsenden Übelstand abhelfen sollen.

Sie sollen insbesondere einen Ausgleich zwischen dem abstrakten Eigentumsübergange und der obligatorischen Grundlage des Eigentumsüberganges herbeiführen. Denn der Eigentumsübergang vollzieht sich, wenn nur seine Voraussetzungen gegeben sind, selbst dann, wenn ein rechtfertigender Grund fehlt. Während nun durch die Worte „ohne rechtlichen Grund erlangt" und „rechtliche Grund fortfällt" hauptsächlich die abstrakten Verträge getroffen werden sollen, will der Gesetzgeber durch die Worte „wenn der mit der Leistung nach dem Inhalte des Vertrags bezweckte Erfolg nicht eintritt" auch den konkreten Verträgen gerecht werden. Die letztgenannten Worte wollen die Fälle betreffen: 1. daß eine Leistung bewirkt wird in der Erwartung, es werde ein Erfolg, ein Ereignis eintreten, durch welches die vorläufige Annahme eines Rechtsgrundes für die Leistung, der in Wirklichkeit noch nicht vorhanden war, gerechtfertigt würde und eigentlich der Rechtsgrund also erst geschaffen würde, dieses Ereignis dann aber ausbleibt, — jemand stellt einen Schuldschein aus und übergibt ihn, das hiergegen erwartete Darlehen erhält er aber nicht; — der Vater gibt Geld zu einer Heiratsaussteuer, die Heirat kommt aber nicht zustande; oder aber 2. daß ein Rechtsgrund schon geschaffen ist und der mit der Leistung bezweckte Erfolg dann die Einlösung der auf dem Rechtsgrund beruhenden Verpflichtung sein soll, er aber von seiner Verbindlichkeit doch nicht befreit wird; auf Grund einer Auslobung wird die ausgesetzte Belohnung an einen Schwindler ausbezahlt, nachher meldet sich der richtige Anspruchsberechtigte; der Aussteller eines Wechsels zahlt aus an jemand, der ihm einen gefälschten Wechsel vorzeigt, später wird er von dem rechtmäßigen Wechselinhaber angegangen.

Fall 1 kann nun regelmäßig bei den gegenseitigen Verträgen nicht eintreten; denn hier kann nicht erst ein Ereignis erwartet werden, welches an Stelle eines als vorhanden angenommenen Rechtsgrundes einen wirklichen Rechtsgrund zur Leistung erst schaffen soll; weil bei ihnen der Rechtsgrund — Zustandekommen des Vertrags durch die beiderseitige Übernahme der vertragsmäßigen Verpflichtung, oder mit anderen Worten, durch Einigung über die essentialia — schon vor der Leistung wirklich vorhanden ist. Zu dem hier Gesagten stehen nicht etwa Fälle im Gegensatz wie: entweder daß jemand zugleich mit einer Warenbestellung den Kaufpreis einsendet, der Kaufvertrag dann aber gar nicht zustande kommt, oder wenn sich später erst herausstellt, daß der Vertragsabschluß ungültig war; hier ist die condictio nicht gegeben, weil ein nach dem Inhalte des Vertrages bezweckter Erfolg nicht eintritt, sondern weil der Rechtsgrund von vornherein fehlt, d. h. wir haben hier einen von den Fällen, die der § 812 mit den Worten treffen will „ohne rechtlichen Grund erlangt". (Gewöhnlich werden aber, wie oben ausgeführt, abstrakte Verträge durch diese Worte getroffen werden [vgl. S. 29 oben].)

Es bliebe somit theoretisch nur Fall 2 für den gegenseitigen Vertrag übrig; aber auch dieser Fall ist praktisch unmöglich; denn es ist nicht ersichtlich, wie der mit der Leistung bezweckte Erfolg, die Befreiung von der auf Grund des Zustandekommens des Vertrags übernommenen Verbindlichkeit, nicht eintreten sollte, wenn die Leistung vollständig erfolgt.

Bei den gegenseitigen Verträgen ist unter dem nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes bezweckten Erfolg im Sinne dieses Paragraphen nicht etwa die Gegenleistung des andern Kontrahenten zu verstehen. Beim Ausbleiben dieser Gegenleistung ist nicht der hier in Frage stehende Fall des § 812 BGB. gegeben. Gegen ein solches Ausbleiben ist der Vertragsgegner durch die Bestimmungen über Verzug und Unmöglichkeit schon genügend geschützt, insbesondere wird durch das hier gewährte Rücktrittsrecht dasselbe erreicht wie durch die Bestimmung des § 812; für diese Fälle wäre also § 812 überflüssig.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß sich die Zurückhaltung

der Gegenleistung im Falle der §§ 325, 326 BGB. mit dem aus § 812 BGB. hergeleiteten obigen Einwand nicht verteidigen läßt.

Wenn die stete Folge der Unmöglichkeit die wäre, daß das gegenseitige Vertragsverhältnis ipso iure in sich zerfiele, dann würden alle gegenseitigen Verträge stillschweigend unter einer Resolutivbedingung [19]) abgeschlossen. Es wären dann die speziellen Bestimmungen über Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen vielfach überflüssig. Wegen Verschuldens haftete der betreffende Vertragsteil dann nach den allgemeinen Bestimmungen.

Nachdem wir so gesehen, daß sich aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages Anhaltspunkte für die Richtigkeit der gegnerischen Auffassungen nicht ergeben, kommen wir zu weiteren Gründen, mit denen sich diese Auffassungen nicht vereinbaren lassen.

§ 7.

B. Der Tatsache, daß der Schadensersatzanspruch auf dem Vertrage selbst beruht.

Die Geltendmachung des Schadensersatzes beruht auf dem Vertrage selbst. Der Schuldner wußte beim Abschluß des Vertrages, welche Folgen die verschuldete Unmöglichkeit und der Verzug nach sich ziehen würden — ignorantia juris nocet — und hat sich also zum mindesten stillschweigend damit einverstanden erklärt, daß die gesetzliche Regelung eintritt, wenn die Vorbedingungen hierzu gegeben sind; tritt also Schadensersatz an Stelle der Vertragsleistung, so beruht dies auf dem Vertrag selbst. Dieser aber kann doch nicht durch etwas aufgelöst werden, was seinerseits aus der Rechtsgültigkeit des Vertrages selbst entstanden ist. Der Gläubiger, welcher Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, beruft sich hiermit ja gerade auf den bestehenden Vertrag. Wenn dieser aber rechtsgültig bestehen bleibt, weshalb soll dann die Pflicht zur Gegenleistung aufhören?

Diese Erwägungen sind übrigens für die Frage, ob der Schadensersatz an Stelle der ursprünglichen Leistung gesetzt werden

---

[19]) s. code civil art. 1184 S. 1: La condition resolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques ...

kann, was von der Gegenseite mehrfach bestritten worden ist, nicht ohne wichtige Bedeutung.

Fast alle bekannten Autoren stehen auf dem Standpunkt, daß das Schuldverhältnis, wenn auch mit verändertem Inhalt, fortbestehe. So Dernburg[1]): „Im Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung liegt Geltendmachung einer vertragsmäßigen Verpflichtung; denn der Vertrag begründet zwar an erster Stelle einen Anspruch auf den bedungenen Vertragsgegenstand, in zweiter Linie aber hat er den Schadensersatz wegen Nichterfüllung zum Inhalt. Wer Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, verlangt also rechtlich nur eine besondere Art der Vertragserfüllung". Schollmeyer[2]): „Der Schadensersatz wird mit der Vertragsklage geltend gemacht, und der Gläubiger ist verpflichtet, die vertragsmäßige Gegenleistung zu machen ..."

Crome[3]): „Wird die Leistung aus einem von dem Schuldner zu vertretenden Umstande unmöglich, so erlischt das Schuldverhältnis nicht, sondern es tritt nur eine Verwandlung des Inhaltes ein".[4])

Zu einer Lehre, die als solche von keinem andern aufgestellt ist, kommt Schollmeyer.[5]) Er sagt, neben dem Anspruch auf Erfüllung bestehe auch schon vor Setzung einer Präklusivfrist das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, als gesetzlich bedingtes. Nach ihm ist also der Schadensersatzanspruch nur dilatorisch bedingt durch den ungewissen Umstand, ob der Gläubiger die Präklusivfrist stellt oder nicht. Stellt er sie, dann ist der Anspruch mit Ablauf der Frist fällig, wenn der Schuldner bis dahin nicht erfüllt; also noch eine Bedingung. Der Anspruch wäre also zweifach dilatorisch bedingt. Nach der Schollmeyerschen

---

[1]) Dernburg Bd. 2 § 98 V.

[2]) Schollmeyer § 325 Anm. 2.

[3]) Crome § 158, 1b.

[4]) vgl. Planck § 325 Anm. 1a; Oertmann II § 325 Anm. 1a; Staudinger Bd. 2 § 325 Anm. 1a; Landsberg, BGB. Bd. 1 § 123 II, § 3a; Crome Bd. 2 § 170 Anm. 40; Emmerich S. 86; Kleineidam S. 83, 106; Titze S. 126 u. 145 (§ 7 Anm. 46).

[5]) Schollmeyer §§ 326 Anm. 3, 250 Anm. 3.

schen Auffassung könnte der Gläubiger jedenfalls dem Schuldner eine Frist setzen, dann auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung klagen und zugleich den eventuellen Klageantrag stellen, den Schuldner zu Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verurteilen, falls er beim Ablauf der Frist nicht geleistet habe. Selbstverständlich müßte in diesem Falle die Frist vor der Urteilsfällung abgelaufen sein wegen der Bestimmung des § 259 ZPO.

Wir hätten also zwei Leistungsmöglichkeiten, wenn auch nicht in obligatione, so doch in solutione, nebeneinander, und daß dann der Gläubiger bei der zweiten ebenso zur Gegenleistung verpflichtet bliebe wie bei der ersten, ist klar. Aber diese Lehre von einem Anspruch, der von zwei Bedingungen in der Weise abhängig gemacht wird, daß der Eintritt der einen Bedingung wieder abhängt von dem vorherigen Eintritt der andern, ist wohl zu gesucht, als daß sie auf allgemeine Anerkennung rechnen dürfe. Zu erwähnen ist noch der Weg, auf dem Kleineidam zu dem von uns verfochtenen Resultat kommt. Er argumentiert folgendermaßen[6]: „... die Fassung der Vorschrift des § 325 Abs. 1 hat dabei aber kein den vorher behandelten §§ 323 u. 324 BGB. analoges Gepräge. Während diese Vorschriften, wie wir gesehen haben, sich auf die Regelung des Einflusses der Unmöglichkeit auf die Gegenleistungspflicht beschränken und somit der Anwendung der §§ 275 ff. BGB. auf die Leistungspflicht in ihrem vollen Umfange keine Bedenken entgegenstellen, schlägt das Gesetz in dem jetzt behandelten Paragraphen einen anderen Weg ein. Es geht hier nicht von der Gegenleistungspflicht und deren Wandlung aus, sondern bestimmt scheinbar umfassend, ohne an den Grenzen der Gegenleistung Halt zu machen, und ganz allgemein die Rechte des Leistungsgläubigers, indem es ihm wahlweise ... Der Schadensersatzanspruch, den der § 325 BGB. in erster Linie als Recht des Leistungsgläubigers ausspricht, bezieht sich bei ungezwungener Auslegung des Gesetzes nur auf die von der Unmöglichkeit unmittelbar betroffene Leistung. Insoweit ist aber bereits in § 280 BGB. ausreichende Vorsorge getroffen, und zwar

[6]) Kleineidam S. 143.

in einer Weise, welche bis auf die Einzelheiten hinsichtlich der teilweisen Unmöglichkeit mit der Fassung des § 325 BGB. wörtlich übereinstimmt. Es kann der Vorschrift des § 325 unmöglich insofern eine selbständige Bedeutung zukommen, es ist vielmehr in ihr nur eine kurze Wiederaufnahme der bereits früher gegebenen Vorschriften zu erblicken, welche sich wegen der weiteren Ausgestaltung empfahl. Dies hat auch der von der Mehrheit der 2. Kommission angenommene Antrag, auf welchem im wesentlichen das heutige Gesetz beruht, dadurch anerkannt . . ."[7]) Nach dieser wörtlichen Wiedergabe verstehen wir Kleineidam, kurz gefaßt, dahin: Da die Leistungspflicht des Schuldners schon vollständig in den §§ 275 ff. BGB. geregelt ist, hat der Gesetzgeber die Bestimmungen des § 323 BGB. nur deshalb getroffen, weil er es für notwendig hielt, zu sagen, daß die Gegenleistung wegfalle. Wenn nun in dem § 325 BGB., in welchem die Leistungspflicht des Schuldners nur aus Zweckmäßigkeitsgründen wiederholt ist, da sie schon im § 280 BGB. ausreichende Regelung erfahren hat, von der Gegenleistungspflicht schweigt, so folgt daraus, daß sie hier im Gegensatz zu § 323 nicht wegfällt.

Diese Argumentation ist ganz richtig und ihr wäre unbedingt beizupflichten, wenn man annehmen könnte, daß der Gesetzgeber in § 325 BGB. von der Gegenleistung mit Absicht geschwiegen hätte. Aber da eine solche Absicht[8]) stillzuschweigen, sich doch sicherlich in den Materialien kundgetan haben müßte, sind wir genötigt anzunehmen, daß bei den Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Gedanke, daß hier etwas zweifelhaft sein könnte, gar nicht aufgetaucht ist und infolgedessen die Möglichkeit einer Streitfrage übersehen worden ist.

Aus § 323 BGB. (vgl. S. 13 unserer Abh.) könnte der falsche Schluß gezogen werden: Wenn der Schuldner in § 323 den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, dann müßte er doch sicher diesen Anspruch im Falle des Verschuldens, also in den §§ 325, 326 BGB. verlieren, die Gegenleistung demnach nicht erfolgen.

---

[7]) vgl. Kisch S. 105/06.

[8]) Sei es, daß er die Lösung Kleineidam entsprechend für selbstverständlich hielt, oder auch, daß er die Frage noch nicht für spruchreif hielt und deshalb ihre Klärung der Wissenschaft überlassen wollte.

Das ist irrig. Denn 1. kann der unmöglich machende Zufall nach dem Wortlaut des § 323 ebensowohl auf seiten des Gläubigers wie auf seiten des Schuldners eintreten, und 2. erschöpft sich der Zweck des § 323 nicht darin, daß dem von der Leistungsunmöglichkeit betroffenen Vertragsteil das Recht, die Gegenleistung zu fordern, genommen ist, sondern dem Gegner ist auch das Recht genommen, die Gegenleistung nach Belieben zu bewirken. Das letztere ist aus § 323 Abs. 3 zu entnehmen und ist die billige Folge aus der Tatsache, daß der die Unmöglichkeit herbeiführende Umstand sowohl auf seiten des Schuldners als auch des Gläubigers eintreten kann. Könnte der Gegner aber je nach Wunsch die Gegenleistung machen, dann könnte er von dem andern Teil auch Wert- bezw. Schadensersatz verlangen. Und davor eben soll der andere Teil, den ja kein Verschulden trifft, im Falle des § 323 bewahrt bleiben. Den schuldhaften Teil in den Fällen der §§ 325, 326 vor solchem Nachteil zu bewahren, liegt kein Grund vor.

§ 8.

C. Dem Gesetzestext der §§ 325, 326 BGB.

Es ist von den Verteidigern der gegnerischen Ansicht, insbesondere auch in den Gründen der Reichsgerichtsentscheidung versucht worden, auch die Terminologie des Gesetzes für ihre Auffassung nutzbar zu machen.

„Schon der Wortlaut — so heißt es in den Gründen der Reichsgerichtsentscheidung[1]) — des § 326 Abs. 1 spricht direkt gegen die Annahme, daß im Falle der Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung seitens des Verkäufers dieser zur Erfüllung dem Käufer gegenüber, d. h. zur Lieferung der Waren, verpflichtet bleibe. ‚Nichterfüllung' und die an diese geknüpfte Folge ‚Schadensersatz' weisen unzweideutig darauf hin, daß das Gesetz davon ausgeht, das zweiseitige Rechtsgeschäft komme nach keiner Richtung hin zum Ausdruck."

Es ist mehr als klar, daß sich bei ungezwungener Auslegung die Worte „Nichterfüllung" auf das kurz vorhergehende Wort

[1]) RG. Bd. 50 S. 264.

„Leistung", auf welches zudem durch dreimaliges, wörtliches Hervorheben im Satze das Hauptgewicht unzweideutig gelegt ist, beziehen und nicht auf das möglichst entfernt, in der bescheidenen Form einer adverbialen Apposition stehende „bei einem gegenseitigen Vertrage".[2]) Noch klarer zeigt sich die Notwendigkeit derselben Beziehung im § 325 Satz 1 BGB. und mit wünschenswertester Deutlichkeit im § 325 Satz 2: „Schadensersatz wegen der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2". Den Worten „Schadensersatz wegen der ganzen Verbindlichkeit", welche auch im § 280 Abs. 2 wörtlich stehen, kann aber mit dem besten Willen nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 keine andere Bedeutung abgenötigt werden als die „Schadensersatz wegen Nichtbewirkung der schuldnerischen Leistung".[3]) Daß uns die im § 325 vorkommenden Worte „wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat" nicht irritieren können, haben wir schon nachgewiesen[4]) und die hieraus abgeleiteten Vorwürfe zurückgegeben.

Weiterhin kann man sich nicht darüber im unklaren sein daß der Begriff „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" auf die Person des Schuldners bezogen, lediglich bedeutet: Schadensersatz wegen Nichtbefriedigung der Verbindlichkeit, die dem Schuldner obliegt. Dies zeigt ein Vergleich mit den einseitigen Schuldverhältnissen (§§ 280, 286). Und wann jemals ist es Brauch gewesen, namentlich in einem Gesetzbuch — denselben Ausdruck in verschiedenem Sinne zu gebrauchen? Der Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" kommt auch bei gegenseitigen Verträgen unzweifelhaft noch mehr in demselben Sinne vor. So in dem § 463 BGB., falls Schadensersatz statt Minderung gewählt wird, und in § 440 Abs. 2 BGB.

Ein schönes Beispiel, wie das Gesetz gefaßt ist, wenn es zum Ausdruck bringen will, daß Entschädigung für die verschuldete Auflösung des ganzen Vertragsverhältnisses zu leisten ist, haben

---

[2]) Daß die Wortverbindung „Nichterfüllung einer Leistung" an und für sich nicht stört und ganz gebräuchlich ist, ergibt sich aus den verschiedensten Stellen im BGB. (z. B. § 280).

[3]) vgl. RG. Bd. 50 S. 265 unten.

[4]) s. S. 16/17 unserer Abh.

wir in § 628 Abs. 2 BGB., wenn es hier von „Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens" spricht. Treffend sagt Kisch[5]: „Damit ist trefflich zum Ausdruck gebracht ..., daß hier die Auflösung, dort (§ 325) die Fortdauer der kontraktlichen Bindung den Ausgangspunkt (für den Schadensersatz) bildet", ein Passus, der noch unter den § 7 unserer Abh. gehörte.

Wenn ferner die Vertreter der gegnerischen Ansicht — so auch die Reichsgerichtsentscheidung[5a]) — in der Bestimmung des § 326 Abs. 2 Satz 2, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist „der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist", einen Anhaltspunkt finden, so beruht das auf einem Verkennen dieser Vorschrift. Die in Frage stehenden Worte sind lediglich eine Folge der im ersten Satze des Gesetzes erwähnten Androhung, daß der Gläubiger nach Ablauf der Frist die Leistung ablehnen werde. Dieser Androhung wegen — so ist das Gesetz zu verstehen — soll der Gläubiger denn auch nach Ablauf der Frist auf Erfüllung des ursprünglichen Anspruchs kein Anrecht mehr haben. Die Vorschrift betrifft also lediglich die Verpflichtung des Schuldners. Es soll demgemäß nicht heißen, die Erfüllung des Vertrages ist ausgeschlossen, sondern lediglich, nachdem die Frist abgelaufen, kann der Gläubiger nur noch Entschädigung verlangen, nicht aber wieder auf die Naturalerfüllung zurückgreifen. Daß die fraglichen Worte nichts anderes besagen wollen, ergibt sich auch aus der ganzen Fassung des § 326. In dem ganzen Paragraphen ist lediglich die Rede davon, was „er", der Gläubiger, unter den vorliegenden Voraussetzungen tun könne: „er" kann eine Frist bestimmen; „er" ist berechtigt, Schadensersatz zu verlangen oder zurückzutreten. Folgerichtig können die folgenden Worte „Der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen" auch nichts anderes bedeuten als: „er" hat keinen Anspruch auf Erfüllung; und der letztere Satz kann in diesem Zusammenhang bei ungezwungener Auslegung nichts anderes heißen als: „er" kann Erfüllung der gegnerischen Leistung (deren Nichtannahme ja durch Ablauf der

---

[5]) Kisch II S. 114.

[5a]) Bd. 50 S. 263.

vom Gläubiger gesetzten Frist festgelegt ist) jetzt nicht mehr beanspruchen. Es ist der Bestimmung also keine weitere Bedeutung beizumessen als genau denselben Worten in §§ 283 u. 340 und den analogen des § 250 BGB.

An die Wortauslegung anschließend folgt dann in der Reichsgerichtsentscheidung der Versuch, zu beweisen, daß aus der rechtlichen Konstruktion des Begriffs „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" („Sch. w. N." im folgenden) in dem Art. 354 HGB. sich für die Bedeutung dieses Begriffes im Bürgerlichen Gesetzbuch nichts ableiten ließe.

Es wird zugegeben, daß der Art. 354 HGB. der Kommission zum Vorbild gedient hat, und daß in demselben der Schadensersatzanspruch als Erfüllungsanspruch aufgefaßt wird. Diese letztere Bedeutung beruhe nun aber nicht auf einer allgemein anerkannten Auffassung des Schadensersatzanspruches überhaupt, sondern sie sei lediglich die Folge der ausdrücklichen Bestimmung, daß der Selbsthilfeverkauf vorgenommen werden müsse, und zwar für Rechnung des säumigen Käufers. Durch die letztere Vorschrift sei der Selbsthilfeverkauf als eine Art der Erfüllung dokumentiert und so die Gegenleistung im gewissen Sinne vom Gesetz selbst vorgeschrieben.[6]) Weil nun im Bürgerlichen Gesetzbuch der Selbsthilfeverkauf nicht mehr vorgeschrieben sei — also von Gegenleistung nicht die Rede sein könne, so ist der Sinn natürlich folgerichtig zu ergänzen —, deshalb könne hier auch der Schadensersatzanspruch nicht an Stelle der schuldnerischen Leistung treten. Die Reichsgerichtsentscheidung setzt hier also als feststehende Tatsache voraus, daß in den §§ 325, 326 BGB. eine Gegenleistung nicht zu erfolgen brauche. Aber das ist ja gerade, wie vorher schon angedeutet, der Grundfehler, der von den meisten Autoren, die dieses Thema behandelt haben, und von allen Vertretern der Gegenseite bei ihrer Argumentation gemacht wird. Woher kommt diese als selbstverständlich vorhergesetzte Weisheit, daß die Gegenleistung

---

[6]) Wenn nach dem BGB. der Selbsthilfeverkauf auch nicht stattfinden muß, so wird er in Wirklichkeit doch beim Käuferverzug stets vorgenommen werden; denn der in Zahlungsverzug befindliche Käufer wird sich gewöhnlich auch im Annahmeverzug befinden. Und dann sind § 383 BGB. und § 373 HGB. gegeben.

hier fortfällt? Daß hierüber das Gesetz schweigt, das ist ja gerade die bedauerliche Lücke im Gesetz, welche die Vorschriften der §§ 325, 326 BGB. unvollständig und zweifelhaft macht. Diese Zweifel sollen durch eine sachgemäße Interpretation gehoben werden. Wir müssen erforschen, d. h. aus anderen Vorschriften und dem ganzen Geist des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu finden suchen, ob hier eine Gegenleistungspflicht anzunehmen ist oder nicht. Haben wir das gefunden, dann entwickelt sich der Begriff „Sch. w. N." ganz leicht und einfach aus den allgemeinen Vorschriften über den Schadenersatz. Falsch aber, zweifellos grundfalsch ist es, auf Grund der §§ 325, 326 BGB., die doch nun einmal wegen des hervorgehobenen Mangels unvollständig und ungeklärt sind, den Begriff „Sch. w. N." im Sinne dieser Paragraphen zusammensetzen zu wollen und dann hiervon erst auf die Gegenleistungspflicht zurückschließen zu wollen.

Wäre der Festlegung der Gründe in der Reichsgerichtsentscheidung eine gründliche Durchleuchtung des Wesens des gegenseitigen Vertrages vorausgegangen, dann wäre man wie wir zu der Überzeugung gekommen, daß die Gegenleistungspflicht nicht von der Bewirkung der Leistung abhängt, und die eben erörterte falsche Schlußfolgerung wäre nicht unterlaufen. Wenn wir zudem die in Betracht kommenden Materialien durchsehen, dann müssen wir uns sagen, daß ein so genaues Eingehen auf den inneren Zusammenhang des Art. 354 HGB. und der §§ 325, 326 BGB. aber auch überflüssig war. Denn wenn die Materialien zu den Gesetzen für ihren Inhalt auch nicht maßgebend sind, so läßt sich doch — wenn anders wir den Redaktoren nicht absolute Unfähigkeit vorwerfen wollen — aus den in den Materialien niedergelegten Beweggründen ein ziemlich sicherer Rückschluß darauf ziehen, daß die Worte auch so gewählt und gesetzt worden sind, daß bei sinngemäßer, ungezwungener Auslegung das von den Kommissionen erstrebte Resultat gesichert erschien. In den Materialien aber finden wir nichts dergleichen. Hätte man sich in den betreffenden Beratungen mit den vorhergehenden Äußerungen befaßt, dann würde gewiß ein Sturm von Meinungsverschiedenheiten sich entfesselt haben, und davon würde sich in den Protokollen doch etwas wiederfinden. Aber nein, bei den

Beratungen[6a]) hat man sich lediglich gesagt: „Wir wollen das dreifache Wahlrecht, so wie es dem Verkäufer in dem Art. 354 gewährleistet ist, auch in die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über schuldhafte Nichtbewirkung bei gegenseitigen Verträgen übernehmen, und das bedeutet für den Schadensersatzanspruch, daß er, wie eben in Art. 354, auch an Stelle der ursprünglichen Leistung tritt. Wenn ferner die Kommissionen der Ansicht waren, daß der notwendige Selbsthilfeverkauf des alten Handelsgesetzbuchs eine Art der Gegenleistung sei, wenigstens diese ersetzen solle, dann mußten sie folgerichtig schließen: Wollen wir also nun das Schadensersatzrecht, wie es der Art. 354 verleiht, auf das Bürgerliche Gesetzbuch übertragen, dann bleibt auch dort die Gegenleistungspflicht bestehen, wenn auch nicht in der mißgestalteten Form des Selbsthilfeverkaufs.

Wenn man nun auch sagen wird, in solchem oberflächlichen Vorgehen der Kommission liegt ein schwer verzeihlicher Fehler, so können wir nur bemerken, dann liegt hier jedenfalls ein recht glücklicher Fehler vor, indem die Kommission so durch Zufall die u. E. einzig richtige Lösung gefunden hat.

An dieser Stelle wollen wir nicht vergessen, auf den bedeutenden Unterschied im Wert der Materialien zu früheren Gesetzen, insbesondere des alten Handelsgesetzbuches und der Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch aufmerksam zu machen. Wir zitieren die Worte Jacobis[7]): „Eine derartige Unklarheit und Verschwommenheit, wie sie bei der Abfassung des alten Handelsgesetzbuches vorlag und wie sie bei der Interpretation des Art. 354 verwendet werden konnte, ist in den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch nicht mehr zu finden. Die Entscheidungen, welche die Konstruktion des Schadensersatzes als Differenzforderung auf die Unklarheiten der Protokolle zum alten Handelsgesetzbuch stützen konnten, sind für das Bürgerliche Gesetzbuch offenbar ohne jeden Wert. „Für die hier von der Reichsgerichtsentscheidung verteidigte Argumentation zieht dasselbe noch die Denkschrift zum neuen Handelsgesetzbuch an. Aber da ist doch zu bedenken, daß die

[6a]) vgl. Prot. der 2. Kommission.

[7]) Jacobi S. 73.

Denkschrift erst nach der Abfassung der §§ 325, 326 BGB. erschienen ist, füglich hierauf gar keinen Einfluß gehabt haben kann. Oder will man in der Reichsgerichtsentscheidung etwa verlangen, daß wir darin, daß die gesetzgebenden Körperschaften nachträglich diesem Teil der Denkschrift nicht widersprochen haben, eine gewissermaßen authentische Interpretation sehen?

Fassen wir nun hier das Ergebnis der bisherigen Abhandlung zusammen, so sehen wir, daß unsere Ansicht, die Gegenleistungspflicht bleibe bestehen, mit dem Wesen des gegenseitigen Vertrages, den Einzelvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Terminologie des Textes der fraglichen Paragraphen selbst in wünschenswertestem Einklang steht.

§ 9.

D. Dem Begriff des Schadensersatzes.

a) Allgemeines.

Es erübrigt uns zur vollen Klarstellung aber noch ein kurzes Befassen mit dem allgemeinen Begriff „Schadensersatz".

Nicht brauchen wir uns aufzuhalten an dem vielumstrittenen Begriff „Schadensersatz wegen Nichterfüllung"; denn, wie schon verschiedentlich hervorgehoben, ist es nicht der Begriff „Sch. w. N.", der im Gesetz oberflächlich behandelt ist, nein, aus den allgemeinen Bestimmungen über Schadensersatz ließe sich auch der hier verlangte Begriff leicht konstruieren, wenn das Gesetz nicht einen Grundmangel darin aufwiese, daß es uns über den Verbleib der Gegenleistung nichts sagt und dadurch alle Zweifel und Auffassungsverschiedenheiten verursacht. Die Gegenleistung ist übergangen, und was aus ihr wird, das mußten wir deshalb zuerst feststellen. Wir haben genügend Anhaltspunkte gefunden, um uns eine feste Ansicht bilden zu können, und so ergibt sich jetzt für uns der Begriff „Sch. w. N." bei vernünftiger Auslegung des Textes der nunmehr klargestellten §§ 325, 326 BGB. von selbst.

Während sich im Volksbewußtsein und im Sprachgebrauch des gemeinen Mannes der Schadensersatz als eine Geldsumme, als ein Geldersatz darstellt, faßt das Gesetz denselben als eine Naturalherstellung auf.

§ 249 Abs. 1 BGB., welcher lautet: „Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, welcher bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre", in Verb. mit § 251 Abs. 1 BGB., welcher vorschreibt, „soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen", sagen uns mehr als deutlich, daß der frühere Zustand so lange wieder hergestellt werden soll, als dies überhaupt noch möglich ist. Nehmen wir hinzu, daß der Schadensersatz das volle juristische Äquivalent für die ursprüngliche Leistung ist, daß es dem Schadensersatz fordernden Teil aber nur darum zu tun ist, daß der erlittene Verlust möglichst ausgeglichen wird, während der Schuldner sich dadurch, daß er den Vertrag abgeschlossen hat, stillschweigend damit einverstanden erklärt, daß in den von dem Gesetz vorgeschriebenen Fällen der Schadensersatz anstatt der Leistung bewirkt werden soll, so ist wirklich nicht einzusehen, weshalb der Schadensersatz rechtlich nicht an Stelle der ursprünglichen Leistung treten soll, was von den Vertretern der Gegenseite vielfach bestritten wird. Wir wollen nicht streiten um die technischen Ausdrücke, wie „Erfüllungsanspruch", „Art der Erfüllung" — obwohl, wie gezeigt, die an Stelle der ursprünglichen Leistung bewirkte Entschädigung unmittelbar auf dem Vertrage beruht und unmittelbar dem Zwecke derselben dient [1]) —, „Surrogat" und andere mehr; wir stellen nur fest, der Schadensersatz ist der denkbar genaueste und beste Ersatz für die ursprüngliche Leistung, und das genügt u. E. Ersetzt aber die Entschädigung die ursprüngliche Leistung, und wird sie kraft positiver Gesetzesbestimmung statt dieser geleistet, dann möchten wir mit Jacobi [2]) sagen: „... der Schadensersatz sei eine kraft Gesetzes erfolgende Hingabe an Erfüllungsstatt". [3])

Vergleichen wir jetzt, welche von den gegenüberstehenden Ansichten dem Begriff des Schadensersatzes als möglichst genauem

[1]) So Kisch II S. 98.

[2]) Jacobi S. 66.

[3]) vgl. Kleineidam S. 86—106; Jacobi S. 64—66, 71; Arch. d. bürgerl. R. Bd. 17 S. 140 Anm. 9; Windscheid § 264 Anm. 7.

Äquivalent und möglichster Herstellung des früheren Zustandes am nächsten kommt, dann erhalten wir das gewiß sonderbare Ergebnis, daß man bei Anwendung der gegnerischen Auffassung nur in Extreme gerät; es fehlt hier der goldene Mittelweg. In vielen Fällen ist der Schadensersatz zu gering, in den bei weitem meisten Fällen aber viel zu hoch, beide Male jedenfalls ungerecht.

Wie gesagt, sollen Entschädigung und Leistung möglichst gleichwertig sein. Haben wir nun den Fall, daß die vom Verkäufer zu bewirkende Leistung in einem Gegenstande besteht, der für den Schuldner nicht von ganz besonderem Wert ist, also eine Ware, wie sie im alltäglichen Leben leicht und häufig umgesetzt wird, so daß der vom Verkäufer vorgenommene Deckungskauf kaum eine Wertdifferenz ergibt, dann verliert der Käufer einerseits zwar den Anspruch auf die Gegenleistung, was für ihn wegen des Mangels an besonderem Interesse aber gar kein nennenswerter Verlust ist, anderseits aber hat er selbst lediglich die ganz minimale Wertdifferenz zu leisten, *also viel weniger als bisher*.

Dies tritt in allen Fällen ein, in denen es sich um Waren des täglichen Verbrauchs handelt. Ganz besonders zeigt sich die Merkwürdigkeit des Resultates, wenn wir die Haftung der Pfänder und Bürgen betrachten. Ihre Haftung wird bei diesem Verfahren gerade durch das Eintreten des Umstandes ermäßigt, für den sie Garantie übernommen haben. Daß hier Entschädigung und Leistung nicht gleichwertig sind, kann nicht abgestritten werden.

Viel unangenehmer aber ist das andere Extrem, welches in den meisten Fällen, bei denen es sich um ein einigermaßen wertvolleres oder eigenartiges Vertragsobjekt handelt, bei der Anwendung der gegnerischen Ansicht die Folge sein wird.

Meist wird ja doch die Sachlage die sein, daß die von dem vertragstreuen Teil zu bewirkende Leistung für diesen einen viel geringeren Wert hat als für den Gegner. Es liegt dies in der Natur der Sache; denn sonst würde das Bemühen des Gegners nicht darauf gerichtet sein, die Sache zu erlangen, das Streben des anderen Teiles, sie wegzugeben. Greifen wir aus der Unzahl solcher Fälle einen speziellen, markanten Fall heraus: Jemand hat bei einem Kunstschreiner ein der Eigenart seines Meubles

und Zimmers angepaßtes, nach seinen eigenen Ideen modelliertes, kunstvolles Schränkchen für Nippsachen bestellt. Tritt hier der Fall des § 325 BGB. ein, dann behält der Schreiner das Schränkchen und muß es, wenn er es überhaupt loswerden will, so verkaufen, daß der Erlös dem wirklichen, vertragsmäßigen Wert gegenüber gar nicht in Betracht kommt. Der Besteller verliert hier nicht nur die für ihn recht wertvolle Gegenleistung, sondern er muß dazu noch eine Entschädigung bezahlen, die in den meisten Fällen von dem vertragsmäßigen Entgelt nicht weit entfernt sein wird. In solchen Fällen, die sehr häufig, wenn auch nicht gerade so kraß vorkommen, liegt die härteste Ungerechtigkeit auf der Hand. Wenn wir weiter erwägen, daß für die Vornahme des Deckungsverkaufes des Verkäufers eine Zeit nicht vorgeschrieben ist, er also die Preiskonjunktur auszunutzen suchen wird, dann beweist sich hier bis zur Evidenz, daß eine derartige Regelung der debitorischen Verzugsfolgen zu recht unbilligen Härten gegen den Käufer führen kann, was in den Gründen der Reichsgerichtsentscheidung [4]) bestritten wird. Wenn in der Reichsgerichtsentscheidung dann die Ansicht ausgesprochen wird, „daß der Käufer gerade in Verfolg unserer Auffassung viel eher der Gefahr der Ausbeutung der Preiskonjunktur durch den Verkäufer ausgesetzt werde, indem es darnach in dem Belieben des Verkäufers stände, ob und wann er von den Befugnissen des § 373 Abs. 2 HGB. oder der §§ 883 ff. BGB. Gebrauch machen wolle, so vergißt man ganz, daß hierzu doch erst der Schuldner in Annahmeverzug gesetzt werden muß; nicht so ist es, wenn man der von uns bekämpften gegnerischen Ansicht huldigt. Dort ist dem Käufer die Möglichkeit der Annahme genommen; denn der Verkäufer ist ja nach dieser Ansicht von der Gegenleistungspflicht befreit, braucht die Leistung nicht mehr anzubieten; hier ist die Möglichkeit des Deckungsverkaufs dem Verkäufer also ohne Annahmeverzug des Käufers gegeben. Wenden wir aber unsere Auffassung auf die angezogenen Fälle an, dann sind Entschädigung und ursprüngliche Leistung äquivalent, und das Resultat entspricht entschieden mehr den Forderungen der Billigkeit. Unsere Auffassung deckt sich

[4]) RGE. Bd. 50 S. 268.

genau mit dem in den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches gezeichneten Charakter des Schadensersatzes, indem sie dem im Bürgerlichen Gesetzbuch dem Schadensersatzbegriff zugrunde liegenden Gedanken von Naturalherstellung, daß möglichst der Zustand hergestellt werden soll, der bestehen würde, „wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre", am meisten gerecht wird; denn der verlangte Zustand wird am nächsten getroffen, wenn der vertragstreue Teil seine Gegenleistung bewirkt.

Man hat allerdings gegen die Richtigkeit unserer Auffassung eingewandt, darin, daß der Gläubiger seine eigene Leistung bewirken müsse, bestehe eine Schädigung desselben.[5])

Aber die Schädigung des Gläubigers besteht doch regelmäßig in dem Ausbleiben der schuldnerischen Leistung und nicht in der Notwendigkeit der eigenen Gegenleistung. Dieselbe wäre ihm ja auch nicht erspart geblieben bei normaler Vollziehung des Vertrages. Wenn bei Nichterfüllung durch den Schuldner die Notwendigkeit der Gegenleistung, die auch bestanden hätte bei regelrechter Vertragsbewirkung, den Charakter einer Schädigung annehmen sollte, dann würde es jedenfalls an dem zum Schadensersatz stets notwendigen Kausalzusammenhang fehlen; denn die Notwendigkeit der Gegenleistung, die ja vorher erst recht bestand, ist nicht verursacht durch die Nichterfüllung des Schuldners.

Es kann auch vorkommen, daß dem vertragstreuen Teil ganz besonders viel daran liegt, die Gegenleistung zurückzubehalten oder -erhalten, wenn es sich z. B. bei dem säumigen Teil um eine Geldleistung handelt und derselbe nicht zahlungsfähig ist. Für diesen Fall bietet ihm das Gesetz mit dem Rücktrittsrecht aber die vollkommenste Hilfe.

Legen aber beide Parteien Wert darauf, daß der Gläubiger zu anderweitiger Verfügung über seinen Leistungsgegenstand berechtigt bleibt und nur die Wertdifferenz beansprucht, dann ist es dem Schuldner im Klagefalle ja keineswegs benommen, sich mit dem Vorgehen des Gläubigers einverstanden zu erklären. Wir

---

[5]) Die Frage, ob in § 325 BGB. eine compensatio lucri cum damno vorliege, ist von Oertmann erschöpfend klargelegt und folgerichtig für unsere Auffassung verneint (Oertmann I S. 5, 1 ff.).

haben dann hier aber nicht etwa ein Rücktrittsrecht, verbunden mit Schadensersatz, sondern die Parteien nehmen gemeinsam eine stillschweigende Auflösung des Vertrages vor und ersetzen zugleich den Schaden, den sie beide durch die Auflösung des Kontraktes verursacht haben.

Auch die Frage, ob die Gegenleistung individuell oder generell bestimmt ist, ist nicht ohne Bedeutung vor allem im Handelsverkehr, da hier Gattungsverbindlichkeiten hauptsächlich in Betracht kommen. Verlangt der vertragstreue Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung, dann steht diesem Anspruch eine anderweitige Verwertung — z. B. Verkauf — des eigenen Leistungsgegenstandes nicht im Wege, falls es sich um eine Gattungssache handelt; denn durch solch einen Verkauf wird die eigene Leistung dem Ersatzberechtigten nicht unmöglich — genus perire non censetur —.

Man hat uns auch eingewandt, darin liege eine Unbilligkeit, daß der Gläubiger, der oft ein Interesse daran habe, sich möglichst schnell seines Entgeltes zu entledigen, hieran nach unserer Auffassung gehindert sei. Dem können wir entgegnen, daß unsere Lösung der Streitfrage für die Erfüllung solcher Wünsche der beste Weg ist, und daß es ferner dem Gläubiger in solchen Fällen meist ein leichtes sein wird, den Schuldner auch in Annahmeverzug zu setzen, und dann kann er die Rechte aus §§ 383 ff. BGB. und § 373 HGB. geltend machen.

Auch bei der Beweisfrage ergeben sich Schwierigkeiten aus der gegnerischen Auffassung;[7]) denn der Umfang des Interesses, welches der Gläubiger an der eigenen Leistung hat, entzieht sich der Beurteilungsfähigkeit des Ersatzpflichtigen vollständig; er kann dieses Interesse niemals richtig bemessen. Wenn aber der Schadensersatzberechtigte auf Schadensersatz klagt, und der Schuldner zwar den Anspruch an sich zugibt, aber die Höhe als unrichtig hinstellt, indem er behauptet, der von dem Gläubiger in Anrechnung zu bringende Vorteil sei so und so groß, so liegt auf ihm nach den Grundregeln der Beweislehre die Beweispflicht dafür, wie hoch der Wert des Vorteils anzusetzen ist, den sich der Gläubiger abrechnen lassen muß.

---

[7]) So auch Kisch II S. 105.

§ 10.

b) Schadensersatz und Rücktritt.

Daß die gegnerischen Auffassungen irrig sein müssen, zeigt am deutlichsten eine Betrachtung des Verhältnisses von Schadensersatz zum Rücktrittsrecht.

Daß Rücktritt und Entschädigung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sich gegenseitig ausschließen, ergibt sich mit aller Deutlichkeit schon aus dem Wortlaut der §§ 325, 326 BGB., in welchem es heißt: Der Berechtigte „kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen *oder* von dem Vertrage zurücktreten". Auch in der Begründung des 1. Entwurfs lesen wir[1]): „Rücktritt und aus dem Vertrag entstehender Anspruch auf Schadensersatz schließen sich aus".

Nun behaupten die Vertreter der gegnerischen Auffassung, daß im Falle der Schadensersatzwahl der Gläubiger von seiner Verpflichtung zur Gegenleistung frei sei. Da auch der Schuldner im § 325 schlechthin und § 326 nach Fristablauf seine Leistung nicht bewirkte, so haben wir genau dieselbe Lage, welche nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch durch den Rücktritt erreicht wird. Außer der Befugnis, seine Gegenleistung zurückzuhalten, verleiht die Gegenansicht dem Gläubiger dann noch das Recht, Schadensersatz zu fordern. Offenbar läuft die so erzielte Wirkung, die in anderer Fassung dasselbe bedeutet wie „Rücktritt mit Schadensersatz", den oben angeführten Bestimmungen schnurstracks zuwider. Wer angesichts dieser Tatsache die Richtigkeit der Gegenansicht noch aufrechthalten will, der muß den gesetzgebenden Körperschaften jener Zeit schon starke Stücke in der Oberflächlichkeit zutrauen. Was soll denn neben einer solchen alles gewährenden Vorzugsbestimmung noch das Rücktrittsrecht? Soll es wirklich jemand geben, der hier noch überlegen müßte, um zu erfassen, daß ihm das Rücktrittsrecht im höchsten Falle gerade soviel, in den weitaus meisten Fällen aber erheblich weniger verleiht? Dieses unsinnige Ergebnis kann auch nicht mit der Erklärung ausgeräumt werden, der Rücktritt sei lediglich für Verträge vor-

[1]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 211.

gesehen, nach welchen die eine Partei vorzuleisten habe.[1a]) Daß diese Erklärung unzutreffend und gänzlich unbegründet ist, und was es mit dieser Vorleistung für eine Bewandtnis hat, werden wir später sehen.

Wenn in der RGE. S. 267 gesagt ist, daß nach unserer Ansicht „Sch. w. N." gleichfalls wirtschaftlich zusammenfallen würde mit dem Rechte des Verkäufers auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung (Kisch vertritt auch die Meinung des Reichsgerichts; Kisch II S. 95), so beruht das doch auf einem zweifachen Irrtum.

Zunächst zeigt sich ein bedeutender Unterschied bei allen Ansprüchen und Verträgen, die nicht auf Geldleistung gehen (Tausch). Der „Sch. w. N." verlangende Gläubiger kann hier vielleicht für das Nichterhalten des Leistungsgegenstandes (Nichterfüllung) einen wesentlich höheren Ersatz verlangen, als der reelle Wert des Gegenstandes zuzüglich eines Ersatzes für verspätete Erfüllung zusammen betragen (er hat z. B. für Unterbringung der Sache ein Gebäude oder Terrain mieten müssen, oder das Objekt hat schon an und für sich einen ganz besonders hohen Wert gerade für den Gläubiger).

Zweitens sind Rücktritt und „Sch. w. N." ganz verschiedene Rechte, die sich gegenseitig ausschließen; ein Zusammenbringen beider Rechte — wie es von den Gegnern geschieht — bedeutet also einen Verstoß gegen das Gesetz. Das Recht, Erfüllung nebst Ersatz wegen verspäteter Erfüllung zu verlangen, und das Recht, „Sch. w. N." zu verlangen, sind keine, dem inneren Wesen nach verschiedene Begriffe und können daher ineinander übergehen. Und wenn letzteres geschähe — was aber hier keineswegs der Fall ist —, so wäre höchstens eines von den Rechten überflüssig, aber es läge kein Verstoß gegen das Gesetz vor.

Während die Vertreter der strengeren, mit II 1 bezeichneten Richtung behaupten, der „Sch. w. N." wählende Gläubiger könne, wenn er seine Gegenleistung schon bewirkt habe, diese zurückverlangen, sind die Anhänger der Richtung II 2 der Meinung, in diesem Falle müsse die Gegenleistung dem Schuldner verbleiben.

[1a]) s. RG. Bd. 50 S. 267.

Daß die Ansicht II 1 vollständig unhaltbar ist, das erhellt unzweifelhaft aus der Vorschrift des § 454 BGB. Wie v. Mayr[3]) ausführt, bezweckt diese Vorschrift offensichtlich, daß bei gestundeter Leistung nach der Begründung der Verzugsfolgen in der Person des Schuldners das vom Gläubiger Vorgeleistete von ihm nicht mehr solle zurückverlangt werden dürfen; deshalb sei der Rücktritt hier ausgeschlossen. Nach der gegnerischen Ansicht sei nun mit dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung hier dasselbe zu erreichen, was der Gesetzgeber durch das Verbot des Rücktritts habe verhindern wollen. Wenn also der fragliche Anspruch im Sinne der Gegenansicht zu verstehen sei, dann habe ihn der Gesetzgeber hier ebenso wie den Rücktritt ausschalten müssen. Wenn die Verteidiger der Ansicht II 2 nun auch von diesem vernichtenden Beweise der Unhaltbarkeit nicht getroffen werden, so läßt sich doch leicht zeigen, daß ihre Lehre, die einmal bewirkte Gegenleistung könne nicht zurückverlangt werden, widerspruchsvoll und inkonsequent ist. Sie gehen bekanntlich von derselben Grundlage aus wie ihre Gesinnungsgenossen von der Richtung II 1, nämlich der, daß das gegenseitige Vertragsverhältnis ipso iure durch die Unmöglichkeit erlösche. Wenn aber das Vertragsverhältnis nicht mehr besteht, wie soll er dann zur Gegenleistung verpflichtet bleiben, die er doch nur auf Grund dieses Vertrages übernommen hat?[3a]) Wo bleibt da die causa? Wenn man konsequent bleiben will, dann muß man sagen, daß mit dem Wegfall des Vertrages, der doch die Grundlage bildet, auch die causa weggefallen ist und der Gläubiger folgerichtig nach dem § 812 BGB. seinen Entgelt zurückfordern kann.

Das in dem letzten Absatz über den Wegfall der causa Ausgeführte gilt aber anscheinend nicht für die RGE. Bd. 50 S. 262.[4]) Dieselbe vertritt zwar auch die Ansicht, daß der einmal hingegebene Entgelt nicht wieder zurückgefordert werden könne, kommt aber

---

[3]) v. Mayr S. 180/91.

[3a]) Daß die Gegenansichten von der notwendigen Antwort auf die ähnliche Frage: „Wie kann das gegenseitige Vertragsverhältnis, wenn es aufgehoben ist, noch zur Grundlage werden für den Schadensersatzanspruch?“ schwer getroffen werden, ist in den früheren Ausführungen genügend gezeigt.

[4]) Ebenso Staub, s. Komm. (6. Aufl.) S. 1278 Anm. 21.

zu diesem Ergebnis auf einem ganz anderen Wege. Sie sagt nicht, das Vertragsverhältnis löst sich ipso iure auf, sondern auf Grund des fortbestehenden Vertrages kann der Gläubiger Schadensersatz verlangen; in dem Augenblick, in welchem er die Wahl des Schadensersatzes trifft, konzentriert[5]) sich der gegenseitige Vertrag zu dem einseitigen Schadensersatzanspruch. Diese Konstruktion der Reichsgerichtsentscheidung besteht aus falsch angewandten Worten und ist nur scheinbar richtig. Die hier gewählten Worte sind geeignet, über den wahren Inhalt hinwegzutäuschen; durch den Ausdruck „konzentriert sich" könnte man zu der Auffassung gelangen, daß der Vertrag wirklich fortbestehe. Das ist aber keineswegs der Fall. Der gegenseitige Vertrag ist seinem ganzen Wesen nach so grundverschieden von dem einseitigen Anspruch, daß er niemals in den letzteren umgesetzt werden kann, ohne seine ursprüngliche Natur zu verlieren. Ist von einer ursprünglichen Natur aber nichts mehr vorhanden, dann ist damit auch der Vertrag selbst nicht mehr existent. Auch durch positive Gesetzesbestimmung kann ein natürlich unmöglicher Übergang solcher Art nicht möglich gemacht werden.

Tritt also an die Stelle des gegenseitigen Vertrages ein einseitiger Anspruch, dann ist der ursprüngliche Vertrag mit diesem Augenblick aufgehoben, und über diese naturnotwendige Tatsache vermögen keine auch noch so täuschend gewählten Worte hinwegzuhelfen. Also durch die Konstruktion der Reichsgerichtsentscheidung ist uns nicht geholfen; sie ist falsch; der Vertrag besteht trotz ihrer Darstellung in Wirklichkeit nicht fort, und was wir eben über den damit verbundenen Wegfall der causa und der Anwendung des § 812 BGB. gesagt haben, bleibt in Geltung.

Wenn die Reichsgerichtsentscheidung den Einwand, daß der Rücktritt neben dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung überflüssig sei, mit dem Hinweis ausräumen will, daß in den Fällen, in denen eine Vorleistung stattgefunden habe, der Rücktritt wichtig

[5]) Ein reiner Formfehler liegt in der Ausdrucksweise „konzentriert sich". Der gegenseitige Vertrag kann in den von seinem Wesen grundverschiedenen einseitigen Anspruch nicht übergehen. Es könnte also höchstens gesagt werden: Der einseitige Vertrag wird verwandelt, indem an seine Stelle kraft Gesetzes der einseitige Schadensersatzanspruch tritt.

sei, so ist dieser offenbare Notbehelf doch ganz verfehlt und unhaltbar. Dieser Einwurf der Reichsgerichtsentscheidung, der auch schon früher von der Gegenseite gemacht worden ist, läßt sich aber nicht, wie Kisch und andere Autoren versuchen, aus der Welt schaffen mit der einfachen Erklärung, die Vorleistung komme bei den gegenseitigen Verträgen außerordentlich selten vor. Besteht doch bei allen auf eine Dauerleistung gerichteten Verträgen (Miete, die einzelnen Lohnverträge, Verlagsvertrag) regelmäßig eine gesetzliche oder vertragliche Vorleistungspflicht. Beim Kauf- und Tauschvertrag allerdings, auf die die Reichsgerichtsentscheidung besonderen Wert legt, kennt das praktische Verkehrsleben die Vorleistung fast gar nicht; denn diese Verträge werden regelmäßig Zug um Zug erfüllt; bei den hier schon an und für sich seltenen Fällen ist ferner das Zurgeltungkommen der gegnerischen Auffassung noch an die weitere Vorbedingung geknüpft, daß gerade der nicht zur Vorleistung Verpflichtete in verschuldete Unmöglichkeit oder Verzug gerät, ein wirklich sehr seltener Fall. Für Kauf und Tausch ist demnach das von der Reichsgerichtsentscheidung zu diesem Punkt Ausgeführte nicht durchschlagend.

Es könnte sich somit lediglich noch um diejenigen Verträge handeln, bei denen, wie oben gesagt, durchweg eine Vorleistungspflicht besteht. Aber gerade bei diesen Verträgen ist der zu leistende Gegenstand von Natur derart beschaffen, daß eine Rückgabe in natura, wie sie bei Ausübung des Rücktrittsrechtes doch erfolgen müßte, einfach unmöglich ist. (Beim Mietvertrag die Gewähr der aus der Wohnungsbefugnis gezogenen Vorteile, beim Lohnvertrag die geleisteten Dienste, beim Verlagsvertrag Studium und Abfassung des Werkes.) Hier muß notwendig der Geldwert an die Stelle der Naturalleistung treten, d. h. man ist in diesen Fällen geradezu gezwungen zu einer Lösung, die nichts anderes bedeutet als das Ergebnis, das den Parteien lediglich in Verfolg unserer Auffassung gewährleistet ist. Aus der Tatsache, die in der Reichsgerichtsentscheidung angeführt ist, um obigen vernichtenden Einwand auszuräumen, leiten wir auf diese Weise einen strikten Beweis ab für die Richtigkeit unserer Auffassung.

Daß eine Ausnahme von der von uns verfochtenen Ansicht dann gegeben ist, wenn der zur Vorleistung Verpflichtete selbst

mit seiner Leistung in Verzug gerät, das haben wir eben im § 5 Anm. 5 unserer Abh. erörtert.

Um unsere Stellungnahme zur Reichsgerichtsentscheidung vollständig klarzulegen, müssen wir noch einiges nachtragen. Bei nicht eingehender Lektüre der Gründe in der Reichsgerichtsentscheidung könnte man, irregeführt durch die Worte (S. 263 Z. 22) „wie das Gesetz ausdrücklich in § 326 Abs. 1 bestimme" und (S. 264 Z. 4/5) „kraft der Vorschrift des § 326 Abs. 1 Satz 2", zu der Meinung kommen, daß die Reichsgerichtsentscheidung im Grunde ihre Beweisführung lediglich auf diese ausdrückliche Vorschrift des § 326 BGB. stütze. Dem ist aber nicht so. Die Grundlage, von der die Reichsgerichtsentscheidung ausgeht, ist vielmehr dieselbe wie die der anderen gegnerischen Ansichten, nämlich die falsche Anschauung, daß im Prinzip mit dem Wegfall der schuldnerischen Leistung der Gläubiger von der Gegenleistungspflicht entbunden sei.[6])

Daß die Reichsgerichtsentscheidung nicht davon ausgeht, daß das Gesetz durch die spezielle Vorschrift im § 326 Abs. 1 Satz 2 „der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen" einen Ausnahmefall statuieren wolle, sondern daß sie vielmehr annimmt, diese Regelung entspreche dem ganzen Geiste des Gesetzbuches, dafür haben wir eine Reihe von Anhaltspunkten.

Es läßt sich dies schließen aus der von Art. 354 HGB. ausgehenden Argumentation (S. 265); denn hier nimmt die Reichsgerichtsentscheidung ohne weiteres, d. h. bevor sie hierfür noch irgendwelche Gründe gefunden hat, von vornherein als Tatsache an,[7]) *daß die Gegenleistung nicht bewirkt zu werden brauche*, und zieht daraus den Schluß, daß deshalb die rechtliche Konstruktion, die auf Art. 354 HGB. gepaßt habe, beim Bürgerlichen Gesetzbuch nicht angewandt werden dürfe. Es geht dies ferner hervor aus den Worten S. 263 Z. 24, weil der Verkäufer nur zu erfüllen brauche, wenn der Käufer seinerseits erfülle, durch die kurz vorher erwähnte ausdrückliche Gesetzesvorschrift gewisser-

[6]) Diese Feststellung ist von Wichtigkeit für die Rechtfertigung unserer eigenen Ausführungen S. 7 ff., die sonst in betreff der Reichsgerichtsentscheidung nicht erforderlich gewesen wären (s. S. 7 Anm. 2).

[7]) Wir haben dies S. 38 ausgeführt; s. dort.

maßen begründet und als mit dem Geiste des Bürgerlichen Gesetzbuchs harmonierend hingestellt werden soll. Ganz unzweifelhaft ergibt sich das eben Gesagte daraus, daß die Reichsgerichtsentscheidung sich auf den § 325 BGB., in welchem die Worte „der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen" nicht vorkommen, beruft (S. 265), und daraus, daß sie als Beleg für die von ihr verfochtene Ansicht auf die ganze Literatur der Gegenseite verweist, in der doch ausnahmslos der § 325 BGB. als Ausgangspunkt genommen ist. Wir müssen demgemäß annehmen, daß sich die Reichsgerichtsentscheidung, als sie an ihre Begründung heranging, von vornherein auf den Standpunkt gestellt hat, den auch die anderen Vertreter der gegnerischen Ansichten einnehmen,[8]) daß bei gegenseitigen Verträgen die Gegenleistung nicht mehr bewirkt zu werden braucht, wenn das Interesse an der schuldnerischen Leistung geschwunden ist. Auf dem weiteren Wege trennt sie sich dann allerdings von ihren Gesinnungsgenossen, indem sie sagt, die Auflösung des Vertrags tritt nicht ipso iure ein. Von der erwähnten Grundlage ausgehend, sucht die Reichsgerichtsentscheidung nach weiteren Anhaltspunkten. Und nicht nur einen Anhaltspunkt, einen strikten Beleg glaubt sie in der gänzlich verkannten Vorschrift gefunden zu haben: „der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen". Daß dieses „Erfüllung" sich lediglich auf die einseitige Leistung des Schuldners beziehen kann, glauben wir S. 37, 16/17, 35/36 unserer Abh. zwingend dargelegt zu haben und verweisen darauf. Die Unrichtigkeit dieser Auffassung ergibt sich mit Wahrscheinlichkeit aber auch schon aus folgender Betrachtung. Wenn sich die gesetzgebenden Faktoren gesagt hätten, mit der Wahl des Schadensersatzes ist das gegenseitige Vertragsverhältnis aufgehoben, und sie hätten das zum Ausdruck bringen wollen, dann lag es doch am nächsten, zu sagen „mit der Wahl des Sch. w. N. gilt das Vertragsverhältnis als aufgehoben oder aufgelöst oder so ähnlich"; man muß sich ja Gewalt antun, wenn man von dem einmal gefaßten gemeinverständlichen Begriff „Aufhebung des Vertrags" abspringen will, um auf den unklaren und gesuchten Ausdruck „Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen" zu kommen.

[8]) S. 7 unserer Abh.

Erst recht unerklärlich ist dies, wenn man bedenkt, daß bekannte rechtsgelehrte Männer das Gesetz redegiert haben, denen sofort einfallen mußte, daß dieser Ausdruck an allen anderen Stellen in ganz anderer Bedeutung gebraucht ist.

Daß der allgemeine Grundsatz, den die Reichsgerichtsentscheidung anscheinend zur Grundlage genommen hat, falsch ist, haben wir vorher (S. 7—31) schon bewiesen.

Auch dafür, daß die spezielle Vorschrift des § 326 Abs. 1 BGB. „der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen" verkannt worden ist, und daß es nicht gelungen ist, den Einwand „Rücktritt ist neben Schadensersatz wegen Nichterfüllung ausgeschlossen" zurückzuschlagen, ist u. E. der Beweis erbracht.

Damit sind der Reichsgerichtsentscheidung die letzten — wir verweisen auf die schon vorher erfolgten Widerlegungen S. 7 ff., 23/24, 24—26, 35—41, 43/44 u. 47 unserer Abh. — und wichtigsten Stützpunkte genommen.

Drittes Kapitel.

§ 11.

Scheinbare und wirkliche Ausnahmen.

Bevor wir unsere Abhandlung schließen, dürfen wir eins nicht unerwähnt gelassen haben. Es gibt nämlich Fälle, in denen der Satz: „Der zum Schadensersatz Berechtigte muß die Gegenleistung bewirken", *scheinbar* nicht durchgeführt ist. Wo sich in unserer Abhandlung Berührungspunkte für dergleichen Fälle ergeben,[9]) haben wir nicht unterlassen, die wahre Sachlage durch ein kurzes Streiflicht zu beleuchten. Geordnet, zusammengestellt und auf ihren tieferen Grund zurückgeführt sind die Fälle bei *Kisch*.[10]) Einen wirklichen Ausnahmefall von unserem Grundsatz haben wir in dem § 376 HGB., der den Handelskauf als Fixgeschäft regelt. Aber der ganze Charakter und die Tendenz dieses Paragraphen ist von den übrigen Vorschriften, insbesondere des bürgerlichen Rechtsverkehrs, so verschieden — z. B. ist *nach* dem ganz genau fixierten Erfüllungszeitpunkt die Erfüllung vollständig zweck- und sinnlos —, daß es ausgeschlossen erscheint, die für seine spezielle Eigenart geprägte Bedeutung zu verallgemeinern. Wir haben hier einen Ausnahmefall, welcher die Regel bestätigt.

§ 12.

Ergebnis und Schlußfolgerung.

An den einschlägigen Stellen unserer Ausführung glauben wir hinlänglich Belege dafür beigebracht zu haben, daß die Be-

---

[9]) z. B. (S. 45) dafür, wie die Verhältnisse liegen, wenn der zur Vorleistung Verpflichtete in verschuldete Unmöglichkeit gerät, dazu s. unsere Abh. S. 11 Anm. 7.

[10]) *Kisch* Bd. 2 S. 132 ff.

gründung der gegnerischen Ansichten, insbesondere auch die der Reichsgerichtsentscheidung, einer durchgreifenden, sachgemäßen Kritik gegenüber nicht wird standhalten können. Fragen wir uns jetzt, was hat uns die Abhandlung denn Positives gebracht, dann müssen wir zu folgendem Schlußergebnis kommen: Weil der von uns verteidigte Grundsatz „Der Schadensersatzpflichtige ist verpflichtet, die Gegenleistung zu bewirken", dem Wesen des gegenseitigen Vertrages, den einzelnen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, dem Text der §§ 325, 326 BGB. und dem Begriff des Schadensersatzes am meisten entspricht, so muß dem offensichtlich im Gesetz enthaltenen Mangel durch eine Interpretation abgeholfen werden, welche mit dem angeführten Grundsatz im Einklang steht.

Eine andere Frage ist es, ob diese Auslegung, die m. E. nach dem Gesetz, so wie es uns vorliegt, bei unparteiischem Abwägen der stichhaltigen Gründe nicht anders erfolgen kann, auch den Forderungen der Billigkeit entspricht und gesetzespolitisch das beste Resultat bringt. Ist das letztere nicht der Fall, dann bleibt keine andere Möglichkeit, als das Gesetz zu ergänzen oder abzuändern. Dabei dürfen aber über den in der Reichsgerichtsentscheidung (S. 266 Z. 15) mit besonderer Betonung hervorgehobenen Gesichtspunkt, daß die Ersetzung aller bisherigen Ansprüche durch einen einseitigen Schadensersatzanspruch äußerst klare und einfache Verhältnisse[1]) schaffen wird, nicht die Forderungen der Billigkeit und Gerechtigkeit vergessen werden. Und hierzu bedarf es einer eingehenden Prüfung und genauen Abwägung der Interessen, einer gewiß recht dankbaren Aufgabe, die aber des äußerst umfangreichen

[1]) Ein hieraus etwa gegen unsere Abhandlung zu entnehmender Vorwurf würde schon durch den einleitenden Satz dieses Absatzes abgetan; denn über die Frage der „Billigkeit" haben wir uns nicht geäußert. Unbegründet wäre ein solcher Vorwurf auch für die ganze auf unserer Seite stehende Literatur in betreff der Kauf- und Tauschverträge. Der Gedanke an komplizierte, langwierige Verhältnisse könnte höchstens für wenige Ausnahmefälle bei Verträgen, die auf dauernde Leistungen gehen (Miet-, Dienstvertrag), auftauchen, weil es hier bisweilen schwierig sein kann, den Umfang der Gegenleistung festzustellen. Hierbei muß aber berücksichtigt werden, daß es sich hier regelmäßig (beim Verlagsvertrag immer) um vertragliche oder gesetzliche Vorleistungspflicht handelt, was die Sach- und Rechtslage wesentlich ändert. s. dazu unsere Abh. S. 11 Anm. 7 und S. 51.

Stoffes wegen, der wieder durch die Ungleichartigkeit der einzelnen Verträge, die verschiedenen Arten des Leistungsgegenstandes und die die Interessen der beiderseitigen Vertragsteile begründenden Umstände bedingt ist, nicht in dem Rahmen einer kurzen Abhandlung erledigt werden kann. Ob hierbei unsere oder die gegnerische Ansicht siegreich hervorgehen wird, das wollen wir vorläufig dahingestellt sein lassen, uns aber dünkt, daß die Wahrscheinlichkeit mehr auf der ersten Seite steht.

Abhilfe muß jedenfalls geschaffen werden schon aus dem Grunde, damit die alten Zweifel und Meinungsverschiedenheiten endlich einmal ins Reich der Vergangenheit gehören, und hierbei soll auch dann die Billigkeit zu ihrem guten Recht kommen. Eines aber ist sicher! Niemals wird das Gewünschte erreicht werden, wenn zur Abhilfe ein Gesetz eingebracht wird, das die beiden Vertragsteile, die einzelnen Arten der Verträge und Handels- und bürgerliches Recht ebensowenig unterscheidet wie § 326 BGB. Hoffen wir, daß alsdann für einen Fall der Vorwurf allzu weitgehender Verallgemeinerung wegfällt, der dem Bürgerlichen Gesetzbuch[2]) leider auch noch in manchen anderen Fällen nicht erspart bleiben kann.

---

[2]) In einigen wenigen Fällen, in denen krasse äußerliche Verschiedenheit es unumgänglich erforderte, sind allerdings die allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit den betreffenden Einzelfällen angepaßt, so beim Kauf in §§ 440, 454 BGB. Schon tiefer liegen die Unterschiede, auf die sich die Modifikation der §§ 615, 616 BGB. beim Dienstvertrag gründen. Der einzige Fall, in welchem die allgemeinen Vorschriften der §§ 325, 326 BGB. derart modifiziert werden, daß sie der inneren Wesensverschiedenheit des speziellen Vertrags gerecht werden, findet sich in § 542 BGB., in welchem das von §§ 325, 326 BGB. verliehene Rücktrittsrecht für den Mieter billigerweise umgestaltet ist, zumal es dem Mieter nicht benommen ist, neben dem § 542 BGB. noch die Rechte aus dem § 538 geltend zu machen.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.